



UNIVERSITÀ DI PISA
DIPARTIMENTO DI ECONOMIA E MANAGEMENT

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
CONSULENZA PROFESSIONALE ALLE AZIENDE

Tesi di Laurea Magistrale

Le procedure di affidamento nel nuovo Codice degli appalti pubblici.

Il mercato come fonte d' ispirazione.

RELATORE:

Chiar.ma Prof.ssa Luisa Azzena

CANDIDATO:

Salvatore Carvelli

Anno Accademico 2015/2016

Ai miei genitori

A Ilaria

Indice

1 - Introduzione generale.....	4
2 - La legge delega n.11 del 28 gennaio 2016.....	6
2.1 - Direttive oggetto di recepimento.....	8
2.2 - Direttiva sugli appalti pubblici.....	9
2.3 - Recepimento delle direttive. Il nuovo codice degli appalti e delle concessioni (d.lgs. 18 aprile 2016 n.50).....	12
2.4 - Il nuovo codice: il d.lgs. 18 aprile 2016 n.50 all'insegna della semplificazione e lotta alla corruzione.....	14
2.5 - Contenuti : un sistema incentrato sulla qualità.....	16
2.6 - Principi e disposizioni comuni.....	19
2.6.1 - Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di Applicazione : l'affidamento in house.....	21
2.6.2 - Pianificazione, Programmazione e progettazione.....	24
3 - Autonomia negoziale ed evidenza pubblica.....	30
3.1 - Fasi delle procedure di affidamento.....	33
3.2 - Il responsabile unico del procedimento.....	42
3.3 - Le procedure di scelta del contraente sopra la soglia Comunitaria.....	46

3.4 - I criteri di aggiudicazione.....	62
3.4.1 - Offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo.....	64
3.4.2. - L' offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base dell'elemento prezzo o del costo.....	66
3.5 - La commissione aggiudicatrice.....	67
3.6 - Le offerte anomale.....	68
4 - Nuova “organizzazione normativa”: tre differenti tipologie di atti attuativi del codice.....	71
4.1- I Decreti ministeriali e le linee guida vincolanti e non vincolanti dell'ANAC secondo il Consiglio di Stato.....	73
4.2 - Il parere sulle linee guida del Consiglio di Stato : il RUP, offerta economicamente più vantaggiosa, servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria....	78
5 - Il mercato come fonte di ispirazione nel mondo degli appalti Pubblici.....	84
5.1 – Sistemi reputazionali : la misura della reputazione e la spesa complessiva.....	85
5.2 - Il rating di legalità : potenziamento dell'immagine aziendale e trasparenza sul mercato.....	87
5.3 - Rating reputazionale : il rating d' impresa.....	95

5.4 - Linee guida ANAC : criteri reputazionali per la qualificazione delle Imprese.....	97
5.5 - Le consultazioni di mercato : le imprese sempre più vicine alla P.A.....	99
5.6 - Il livello di soddisfazione : rapporto tra stazioni appaltanti e operatori economici.....	110
6 – Conclusione.....	116
7 – Bibliografia.....	120

1 - INTRODUZIONE GENERALE

Il presente lavoro affronta il tema, talvolta molto delicato, degli appalti pubblici. Alla base di questo studio vi è la consapevolezza che la materia degli appalti pubblici ha un sistema normativo complesso, sviluppatosi nel corso degli anni ma ancora in continua evoluzione.

E' del 1865, infatti, la prima legge sulle opere pubbliche (Legge 20 marzo 1865, n.2248); solo successivamente a questa prima regolamentazione si sono aggiunti un gran numero di leggi e decreti che hanno frammentato la materia, causando notevole incertezza fra i soggetti e gli operatori interessati al settore appalti a causa di un quadro normativo completamente disarticolato.

Obiettivo del legislatore nel lavoro di riforma è stato, quindi, quello di rifondare l'intero sistema normativo per dare la definizione di una normativa unitaria ed omogenea, senza tuttavia disattendere le direttive comunitarie da recepire nel corso degli anni.

La scelta della tematica deriva principalmente dall'importanza che gli appalti pubblici rivestono nel nostro tessuto economico. Infatti, lo strumento dell'appalto pubblico può e deve favorire la creazione di valore per il territorio, considerando non solo gli aspetti prettamente sociali ed ambientali dell'opera, ma anche le modalità con cui viene prodotto ed in particolare gli impatti che può generare sul tessuto imprenditoriale e sulle comunità locali, adottando una visione di lungo termine.

E' attraverso la spesa pubblica che la pubblica amministrazione può far sì che i propri investimenti incoraggino la diffusione di comportamenti responsabili e virtuosi, perseguendo anche l'obiettivo del miglioramento della qualità dei servizi offerti ai cittadini e la garanzia di uno sviluppo economico intelligente e sostenibile.

In sostanza, le scelte compiute dal legislatore in materia non hanno solo l'obiettivo di disciplinare la materia ma incidono in maniera profonda sul tessuto economico e sviluppo nazionale.

Nel presente lavoro cercherò, quindi, di dare un quadro completo seppur sintetico della disciplina nei suoi aspetti per me più rilevanti, analizzando anche le importanti innovazioni introdotte dal nuovo codice degli appalti e i temi ancora dibattuti in materia.

L'analisi è stata svolta attraverso un'attenta analisi del Codice, delle principali pronunce giurisprudenziali in materia e con la preziosa collaborazione del dott. Bertelli.

A seguito del primo capitolo di natura introduttiva, il secondo capitolo individua i referenti normativi soffermandosi sull'evoluzione della disciplina, fortemente influenzata dall'ordinamento europeo. Si analizza inoltre, in maniera sintetica, l'ambito di applicazione del Codice, in particolare i soggetti che sono tenuti a rispettarlo e i contratti che vi sono assoggettati e non.

Il terzo capitolo analizza gli aspetti delle procedure di affidamento e scelta del contraente. Ci si sofferma in particolare sulle fasi delle procedure di affidamento, le principali procedure di scelta del contraente, i criteri di aggiudicazione e un breve cenno alle offerte sospettate di anomalia.

Il quarto capitolo si focalizza sulla nuova organizzazione normativa del codice, caratterizzata da tre differenti tipologie di atti attuativi. In questo panorama si inserisce la problematica concernente le autorità amministrative indipendenti in relazione alla collocazione di tale potere normativo all'interno delle fonti. Si analizzerà in particolar modo il parere fornito dal Consiglio di Stato su tre linee guida richiesto dalla stessa ANAC.

Per concludere, il quinto capitolo analizzerà il mercato come fonte di ispirazione per le P.A. attraverso un'attenta valutazione degli operatori economici. L'obiettivo è quello di comprendere in quale misura un sistema reputazionale può condurre ad un miglioramento dei prodotti e servizi erogati dopo aver aggiudicato la gara, grazie alla massimizzazione della qualità delle indagini svolte sul mercato e sugli operatori economici. Lo stesso Codice del resto, spinge sempre di più al dialogo tra operatori economici e P.A. anche attraverso le consultazioni di mercato, istituto del tutto innovativo nel nostro ordinamento, mettendo quindi in risalto l'importanza di un'adeguata informazione attraverso il rapporto con l'ambiente in cui si trova ad operare la P.A.

2 - LA LEGGE DELEGA N.11 DEL 28 GENNAIO 2016

La legge 28 gennaio 2016, n.11, pubblicata nella G.U. 29 gennaio 2016, ha conferito al Governo la delega per l'attuazione, da realizzarsi entro il 28 Aprile 2016, di tre direttive del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014: la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, e la direttiva 2014/25/UE/ sulle procedure di appalto degli enti erogatori dei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che abroga la direttiva 2004/17/CE.

La stessa legge prevede anche la delega al Governo da adottare, entro il 31 Luglio 2016, un decreto per riordinare l'intera disciplina vigente in materia di contratti pubblici. In particolare il comma 1, dell'art 1, delega al Governo ad adottare un decreto legislativo per:

- L'attuazione della direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE, sugli appalti pubblici, e 2014/25/UE, sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali;
- Il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Quindi si può dire in definitiva che il Parlamento ha affidato al Governo la possibilità di adottare due distinti decreti delegati denominati "decreto di recepimento" e "decreto di riordino". Il decreto legislativo è adottato nel rispetto dei criteri direttivi di cui all'articolo 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, che reca delle norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.

Volendo sintetizzare i contenuti e criteri direttivi a cui l'Italia si deve ispirare possiamo farne una breve cenno. La legge 24 dicembre 2012 rileva che "le amministrazioni direttamente interessate provvedono all'attuazione dei decreti legislativi con le ordinarie strutture amministrative, secondo il principio della massima semplificazione dei procedimenti e delle modalità di organizzazione e di esercizio delle funzioni e dei servizi". Per favorire il collegamento con le discipline vigenti, si devono introdurre le necessarie modifiche, anche facendo ricorso alla riorganizzazione e la semplificazione normativa facendo espressa indicazione delle norme eventualmente abrogate.

Non meno importante è la previsione che gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse. Si parla infatti, di divieto "gold plating", molto controverso a livello europeo, posto al fine di evitare che gli Stati membri inseriscano regole che comportino costi e oneri aggiuntivi per le imprese ed i cittadini, maggiori rispetto a quelli già previsti dal legislatore comunitario¹. Per garantire il rispetto delle norme contenute nei decreti legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per il mancato rispetto delle disposizioni dei decreti stessi e nella redazione dei decreti legislativi delegati si deve tenere conto delle eventuali modificazioni delle direttive dell'Unione europea comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega.

Per quanto riguarda invece la possibile sovrapposizione di competenze tra diverse amministrazioni o eventualmente nel caso siano coinvolte più amministrazioni statali, i decreti legislativi individuano, attraverso le più opportune forme di coordinamento, rispettando i principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione, le procedure per salvaguardare l'unitarietà dei processi decisionali, la trasparenza, la celerità, l'efficacia e l'economicità nell'azione amministrativa e la chiara individuazione dei soggetti responsabili. E' inoltre garantita la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea e non può essere previsto in ogni caso un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani.

La disposizione del 2012, infine, prevede che nell'esercizio della delega si prendano in considerazione le migliori pratiche adottate in altri paesi dell'Unione europea.

Sotto questo punto di vista, considerando il n. 78 della direttiva n.24, si tende a facilitare in ogni modo l'accesso delle PMI agli appalti pubblici facendo chiaro riferimento al Codice europeo di buone pratiche a cui le amministrazioni aggiudicatrici devono ispirarsi, che già nel 2008 ha messo in luce quali disposizioni e norme nazionali potessero essere di aiuto per favorire un maggiore coinvolgimento delle PMI negli appalti con la finalità di fornire un quadro quanto più possibile completo alle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri circa l'applicazione del quadro legislativo europeo, per meglio consentire in definitiva, una maggiore partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti delle PMI.

¹ Art. 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater della legge 28 novembre 2005, n.246, direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 gennaio, che disciplina le modalità con cui le amministrazioni statali assicurano il rispetto dei "livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee" nonché l'art 32, comma 1, lettera c), legge 24 dicembre 2012, n.234.

2.1 - DIRETTIVE OGGETTO DI RECEPIMENTO

Tra le iniziative finalizzate al completamento del mercato unico rientrano le proposte della Commissione europea presentate il 20 dicembre 2011 da cui sono partorite le direttive. Le proposte sono state approvate dal Parlamento europeo il 15 gennaio 2014 e sono entrate in vigore il 18 aprile 2014². La direttiva 2014/24/CE sugli appalti pubblici, la direttiva 2014/25/CE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (cosiddetti settori speciali) e la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione si applicano solo ai contratti con importo pari o superiore a determinate soglie e riscrivono per la quarta volta la normativa europea sui contratti pubblici e sostituiscono la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2004/17/CE che vengono conseguentemente abrogate.

Differentemente a tali direttive che sono principalmente improntate sugli aspetti prettamente economici delle offerte per una maggiore tutela della concorrenza e la parità di trattamento degli operatori, le nuove direttive di “quarta generazione” fanno da collante tra il settore degli appalti e alla c.d. Strategia Europea 2020 segnando un approccio innovativo finalizzato a sviluppare nel tempo un'economia dell'innovazione e della conoscenza. Le principali finalità che si pongono le nuove direttive sono obiettivi di non facile applicazione e comunque molto ambiziosi:

- Rendere più efficiente l'uso dei fondi pubblici che vengono costantemente allocati tramite i contratti pubblici; è necessario sotto questo punto di vista soffermarsi su procedure e obiettivi che percorrano la via della semplificazione, flessibilità, correttezza;
- Tutela sempre maggiore per le piccole e medie imprese, divieto di utilizzare pratiche discriminatorie per tutelare la concorrenza, assicurando allo stesso tempo un'ottica europea del mercato dei contratti pubblici.
- Fare un uso strategico degli appalti pubblici, come strumento di politica economica e sociale, promuovendo l'innovazione tecnologica, la crescita sostenibile, la tutela ambientale, obiettivi sociali, quali la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei contratti pubblici e l'impiego nel lavoro dei soggetti svantaggiati;

² Le proposte legislative sono state esaminate dal Senato della Repubblica e dalla Camera dei Deputati nell'ambito del processo di formazione della normativa dell'Unione europea del 2012 (“fase ascendente”)

- Utilizzo di procedure semplici, trasparenti e rimozione delle incertezze normative per contrastare le pratiche corruttive.

Le tre direttive sono state approvate dopo una lunga fase di discussione e consultazione in seno alle istituzioni europee che è durata più di due anni, che ha visto il raggiungimento di non pochi compromessi in sede di negoziato. Le tre direttive contengono: A) disposizioni a recepimento vincolato, B) disposizioni che lasciano margine di flessibilità agli stati membri, consentendo un recepimento più liberale o più severo, C) disposizioni che impongono agli stati membri di lasciare spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti.

2.2 - DIRETTIVA SUGLI APPALTI PUBBLICI

La revisione della normativa europea sugli appalti pubblici mira ad accrescere l'efficienza della spesa pubblica, prospettando un migliore uso degli appalti per perseguire obiettivi sociali ed ambientali attraverso soluzioni innovative, facilitando sempre più spesso la partecipazione delle piccole e medie imprese. Le novità principali riguardano sicuramente l'ambito di applicazione³, la fase di scelta del contraente, dalle procedure di affidamento ai criteri di selezione delle offerte, l'esecuzione del contratto. La nuova regolamentazione europea si basa, prima di tutto, sulla semplificazione e sulla flessibilità di utilizzo delle procedure e degli strumenti a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici, a cui è attribuita maggiore discrezionalità nella scelta delle soluzioni più opportune.

Si amplia il ventaglio delle procedure di aggiudicazione con l'inserimento della procedura competitiva con negoziazione (art.29), che si aggiunge al già esistente dialogo competitivo, e del partenariato per l'innovazione (art.31) cui le amministrazioni possono fare ricorso nel caso in cui abbiano un'esigenza di prodotti, servizi o lavori altamente innovativi che non può essere soddisfatta acquistando prodotti, servizi o lavori disponibili sul mercato. Relativamente ai criteri di aggiudicazione è evidenziabile una netta preferenza nei confronti dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuabile secondo un approccio costo/efficacia, che può includere il migliore rapporto qualità/prezzo valutato seguendo criteri ambientali, qualitativi o sociali

³ Soppressione della distinzione tra i cosiddetti "servizi A", soggetti integralmente alla disciplina europea, e i "servizi B" la cui aggiudicazione deve rispettare unicamente le disposizioni sulle specifiche tecniche.

connessi all'oggetto dell'appalto. La preferenza nei confronti dell'offerta economicamente più vantaggiosa accompagnata da nuove modalità per la sua individuazione, sono alcuni aspetti che evidenziano chiaramente la finalità di utilizzare in maniera mirata e strategica gli appalti. L'approccio suddetto è messo ancora più in risalto da una nuova definizione di costo, comprensivo di tutti i costi o solo una parte di essi legati al ciclo di vita (life cycle cost) di un prodotto, di un servizio o di un lavoro incluse le esternalità ambientali. Una specifica sezione è dedicata dalla direttiva alle tecniche e agli strumenti per gli appalti elettronici come le aste elettroniche (art. 35), i sistemi dinamici di acquisizione (art. 34) e i cataloghi elettronici. Si prevede inoltre:

- Il crescente utilizzo delle autodichiarazioni attraverso l'introduzione del documento di gara unico europeo (DGUE);
- Una nuova disciplina del cosiddetto "soccorso istruttorio" attraverso la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di chiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza;
- La possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di decidere nelle procedure di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione. In questo caso, le amministrazioni garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso o che non soddisfa i criteri di selezione.

Rispetto alla precedente direttiva il focus rimane sugli strumenti di aggregazione della domanda al fine di ottenere economie di scala, nonché un miglioramento e una maggiore professionalità nella gestione degli appalti anche se l'utilizzo di tali strumenti rientra nella piena disponibilità degli stati membri.

La partecipazione delle piccole e medie imprese rimane uno degli obiettivi fondamentali delle nuove direttive. In questa ottica è da intendersi la previsione che consente alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di decidere di aggiudicare un appalto segmentandolo in lotti separati determinandone la dimensione e l'oggetto; la facoltà di non ricorrere a tale suddivisione deve essere specificatamente motivata e tale motivazione deve essere riportata nei documenti di gara. Altra previsione in tal senso è

l'inserimento di requisiti sotto il profilo della capacità economico finanziaria, requisiti che prima della direttiva costituivano un ostacolo talvolta ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici per via della loro eccessiva rigidità. La direttiva infatti nel sottolineare la necessità di stabilire requisiti attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, richiede che i requisiti di fatturato minimo annuo degli operatori economici non superino il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture.

Sono altresì introdotte norme in favore dei subappaltatori sotto il profilo dei pagamenti anche se la loro introduzione è demandata agli Stati membri che possono prevedere, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti all'operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico e possono prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose sotto il profilo della responsabilità.

La fissazione dei termini per la partecipazione e la presentazione delle offerte, che dovrebbe essere quanto più breve possibile, non dovrebbe, invece, porre particolari ostacoli all'accesso delle PMI e, pertanto, dovrebbe tenere conto nello specifico della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte⁴.

Sul fronte dell'esecuzione del contratto, oltre alle norme in materia di subappalto, la direttiva introduce nuove disposizioni relative alle modifiche dei contratti durante il loro periodo di validità (articolo 72) e alla risoluzione del contratto (articolo 73) che riprende le principali pronunce della Corte di giustizia europea in merito. Aspetto particolarmente importante è l'attenzione al rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro che è enfatizzato tra i principi generali per l'aggiudicazione degli appalti (articolo 18), ciò trova ulteriore conferma nell'ampliamento delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare di appalto e nella verifica delle motivazioni in ordine a offerte che appaiono anormalmente basse.

Da un ultimo, ma non meno importante, risulta il rafforzamento e la maggiore attenzione agli obiettivi inerenti la lotta ai conflitti di interesse, alla corruzione e ai

⁴ Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche, di cui il documento di lavoro dei servizi della commissione del 25 giugno 2008, dal titolo <<Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici>>, che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da agevolare la partecipazione delle PMI.

favoritismi. In tal senso v'è letta l'introduzione di specifiche disposizioni volte: ad obbligare gli Stati ad adottare misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace ai conflitti di interesse nell'aggiudicazione degli appalti; a considerare "irregolari" le offerte in relazione alle quali vi sono prove concrete di corruzione o di collusione; ad escludere gli operatori economici colpevoli di gravi illeciti professionali o al verificarsi di un conflitto di interessi. La direttiva prevede comunque la possibilità per gli operatori economici, di fornire prova contraria per dimostrare che le misure e le procedure da essi adottate sono sufficienti a garantire la loro integrità e affidabilità nonostante si trovino in una situazione che comporterebbe l'esclusione ai sensi dell'articolo 57, consentendo in ultima analisi agli operatori economici delle procedure di appalto di non essere esclusi a priori nel caso in cui le prove fornite siano attendibili e ritenute sufficienti (c.d. self cleaning).

Concludendo il sunto della direttiva v'è ricordato che la quarta riscrittura della normativa europea nel settore degli appalti è caratterizzata da un avvicinamento significativo della disciplina dei settori "speciali" a quella dei settori ordinari. Nonostante ciò, le norme dei settori speciali, in cui sono compresi acqua, energia, trasporti e servizi postali, continuano ad essere contenute in una normativa ad hoc (direttiva 2014/25/UE). Quasi tutte le novità che sono state elencate per i settori ordinari vengono riproposte per i settori speciali: ciò vale per esempio per il rispetto dei criteri ambientali e sociali, i costi del ciclo di vita, la fase di esecuzione dei contratti. Permane nonostante ciò un regime specifico per quanto riguarda i sistemi di qualificazione degli operatori economici (art.77), previsione di norme e criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli offerenti o dei candidati, nonché norme ad hoc per i vari settori speciali. Anche per la normativa dei settori speciali intervengono norme volte a disciplinare l'ambito di applicazione delle direttive che rispetto alla disciplina precedente è più articolata. Per la prima volta invece, viene introdotta una disciplina unitaria sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (direttiva 2014/23/UE).

2.3 - RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE. IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI E DELLE CONCESSIONI (D.LGS. 18 APRILE 2016 N.50).

L'attuazione della delega contenuta nella legge n.11/2016 ha dovuto fare i conti con un assetto normativo della materia degli appalti pubblici che, nel nostro ordinamento,

presenta caratteristiche particolarmente articolate e eterogenee, conseguenza principale oltre che della delicatezza della materia, anche della pluralità e stratificazione delle fonti normative che si sono succedute nel corso tempo e che hanno concorso a disegnare l'attuale sistema normativo. A riprova di ciò basti pensare che il codice adottato con il decreto legislativo 11 aprile 2006, n.163, è composto di 274 articoli e 22 allegati e il regolamento attuativo⁵ di 359 articoli e 15 allegati. Tuttavia questo complesso normativo non è nemmeno esaustivo dell'intera materia non comprendendo il partenariato-privato, le normative statali settoriali con cui coesistono e non dimenticando le legislazioni regionali in materia, tenendo conto della competenza esclusiva per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano. A ciò si vanno a sommare gli atti legislativi di 15 regioni ordinarie che spesso e volentieri sconfinano in ambiti riservati allo Stato, con conseguente contenzioso davanti la Corte Costituzionale. Il risultato è un complesso normativo che non consente chiaramente una facile applicazione delle procedure da parte delle stazioni appaltanti. Il sistema degli appalti è poi governato da una pluralità di soggetti a livello centrale, regionale e settoriale con compiti e funzioni non sempre e chiaramente individuati che agiscono spesso senza alcun coordinamento istituzionale. Ulteriore aspetto problematico si evidenzia sul piano procedurale che si traduce in un'elevata mole di contenzioso diviso tra: giudice amministrativo per la fase di gare, giudice ordinario per la fase di esecuzione, giudice contabile per il controllo sulle responsabilità dei soggetti pubblici che a vario titolo intervengono, giudice penale per gli illeciti penali in fase di affidamento ed esecuzione. In tale contesto turbolento è intervenuta la legge n.11/2016 che delega al Governo il compito di recepire le tre direttive del Parlamento europeo⁶. Sotto il profilo del recepimento delle direttive, la delega contiene criteri che si ispirano agli obiettivi delle direttive nonché maggiori strumenti volti ad incrementare la trasparenza e l'efficienza del mercato. Il Consiglio dei Ministri nella riunione del 3 marzo 2016 ha quindi approvato in sede preliminare un unico schema di decreto legislativo⁷. Il testo dello schema di decreto legislativo, corredato delle modifiche ed integrazioni richieste nei pareri, è stato poi approvato in seconda lettura dal Consiglio

⁵ D.P.R. n.207 del 2010

⁶ 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE

⁷ "Disposizioni per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2104/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"

dei Ministri nella riunione del 15 aprile 2016. Le commissioni competenti di Camera e Senato competenti per materia hanno reso il loro parere nelle rispettive sedute del 7 aprile 2016. Dopo la firma del Capo dello Stato è stato pubblicato, nella Gazzetta Ufficiale del 19 aprile, il decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50.

2.4 - IL NUOVO CODICE : IL D.LGS. 18 APRILE 2016 N.50 ALL'INSEGNA DELLA SEMPLIFICAZIONE E LOTTA ALLA CORRUZIONE

Il nuovo codice si ispira, in attuazione dei principi di delega, a criteri di snellimento, semplificazione, drastica riduzione e riassetto delle norme vigenti in materia. Tutto ciò nel rispetto del divieto di gold plating, ossia di introdurre o mantenere livelli di regolazione nazionali superiori a quelli minimi richiesti dalle nuove direttive europee. Si tratta di un provvedimento di grande importanza non solo per lo svolgimento dell'attività amministrativa, nell'ottica della semplificazione, dello snellimento dei procedimenti e della lotta alla corruzione, ma principalmente nel segno della maggiore efficienza amministrativa e competitività del Paese. Vi è una significativa riduzione del numero complessivo di articoli, passando da un totale di 630 articoli e 37 allegati a soli 220 articoli e 25 allegati (anche considerando la prevista abrogazione del regolamento, che verrà sostituito da atti di "soft law"). Il nuovo Codice è poco meno di due terzi del vecchio Codice, rappresentando una differenza di stock normativo rilevante se si tiene anche conto della prevista soppressione del regolamento. Importante caratteristica da mettere in risalto rispetto al precedente codice è la previsione di una disciplina auto applicativa.

Non è prevista, infatti, come in passato, l'adozione di un regolamento di esecuzione e di attuazione, ma verranno emanate delle linee guida di carattere generale, da approvarsi con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC e previo parere delle Competenti Commissioni parlamentari. Dette linee guida si configurano come strumenti di "soft law" che mirano al perseguimento degli obiettivi di omogeneità, speditezza delle procedure, trasparenza, assumendo l'importante funzione di atti di indirizzo generale con la possibilità di un loro celere e costante aggiornamento, coerentemente con un sistema sempre più mutevole. Tali atti sono, in realtà riconducibili a tre diverse tipologie di linee guida. Vi sono, innanzitutto, i decreti ministeriali contenenti le linee guida adottate su proposta dell'ANAC, che sono veri e propri regolamenti. Quindi, vi sono le linee guida "vincolanti" dell'ANAC, che, pur non

essendo regolamenti, ma atti equiparabili agli atti di regolazione di un autorità indipendente, devono seguire alcune garanzie procedurali minime⁸. Infine ci sono le linee guida non vincolanti dell'ANAC che hanno valore e funzione di indirizzo per le stazioni appaltanti e gli operatori economici. Nel caso siano stati previsti decreti amministrativi attuativi (comunque di natura non regolamentare), è stata individuata, nel regime transitorio, una limitata salvezza temporale di alcune norme del regolamento, relative specificatamente alla contabilità, alle verifiche e ai collaudi, per consentire l'immediata applicazione della nuova normativa.

L'aumento della discrezionalità delle amministrazioni e degli altri soggetti sottoposti alla disciplina corrispondente connessa alla riduzione dello stock normativo, esprime un modo di concepire la disciplina dei contratti pubblici del tutto nuovo. Dopo gli scandali di Tangentopoli infatti, si è compreso come un irrigidimento della normativa e una proliferazione delle norme con conseguente aumento della complessità della disciplina con cui si è cercato di dare una risposta alle problematiche e in special modo quella contrattuale, hanno invece sortito l'effetto opposto.

Per garantire la maggiore fruibilità a tutti gli operatori e non solo agli addetti ai lavori, il codice si articola in processi.

La nuova normativa è articolata in sei parti. Contiene una parte iniziale dove sono definiti l'oggetto e l'ambito di applicazione, il riparto della competenza Stato-regioni, le definizioni nonché i contratti esclusi dall'applicazione del codice e la specifica disciplina ad essi applicabile. La prima attività che un'amministrazione deve compiere è infatti quella di verificare se la disciplina è applicabile o no alla fattispecie concreta in considerazione.

Successivamente è dettata la disciplina in tema di pianificazione, programmazione e progettazione, attività essenziale per gli appalti di lavori pubblici ma ormai previste anche per i contratti relativi a servizi e forniture.

Si passa poi alla modalità di affidamento, individuando i principi comuni che le amministrazioni applicano qualunque sia la tipologia di affidamento cui intendono ricorrere. Si tratta dei principi relativi alla trasparenza, economicità, efficacia, correttezza, tempestività, libera concorrenza, non discriminazione, ecc.

⁸ Procedimento: consultazione pubblica, metodi di analisi e di verifica di impatto della regolazione, metodologie di qualità della regolazione, compresa la codificazione, adeguata pubblicità e pubblicazione, eventuale parere facoltativo del consiglio di stato.

Le parti successive, da II a IV, disciplinano le regole procedurali relative a ciascuna tipologia contrattuale (appalto, concessioni, altre tipologie contrattuali). Si parte dal momento iniziale di tale processo e cioè dalla verifica della soglia comunitaria e dai requisiti di qualificazione della stazione appaltante (se cioè si possa procedere direttamente all'indizione della gara o si deve fare ricorso ad una centrale di committenza) per poi passare alle modalità di affidamento e alla scelta del contraente, bandi, avvisi, selezione delle offerte, aggiudicazione, fino a giungere alla fase dell'esecuzione, della verifica e collaudo.

La parte V individua gli strumenti di pianificazione e programmazione delle infrastrutture e insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese.

La parte VI, sul contenzioso, introduce un nuovo rito abbreviato in camera di consiglio sull'impugnativa dei motivi di esclusione. Infine la parte sesta fa riferimento alle disposizioni transitorie, di coordinamento e le abrogazioni.

2.5 - CONTENUTI : UN SISTEMA INCENTRATO SULLA QUALITA'

Il nuovo Codice sancisce una grande differenza rispetto al passato incentrando il nuovo sistema sulla qualità, sia con riferimento alla metodologia di scelta del contraente, sia con riferimento alla progettazione, nonché per la maggiore attenzione posta ai sistemi di qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici.

Le nuove disposizioni volte a favorire la qualità della progettazione superano il vecchio studio di fattibilità e il progetto preliminare per passare al progetto di fattibilità, che rafforza la fattibilità tecnica ed economica del progetto. La progettazione deve garantire il soddisfacimento del fabbisogno della collettività, la qualità architettonica e tecnico-funzionale delle opere, un limitato consumo del suolo, il rispetto dei vincoli idrogeologici sismici e forestali e l'efficienza energetica. Quindi il progetto di fattibilità dovrà essere redatto previa verifiche preliminari degli aspetti sopra evidenziati non dimenticando che tra più soluzioni possibili il progetto di fattibilità tecnica ed economica deve individuare sempre quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività (possibilità di introdurre tecniche e strumenti di progettazione elettronica basati su modelli virtuali).

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tra i metodi di scelta del contraente, che in precedenza rappresentava solo una delle possibili alternative a disposizione delle stazioni appaltanti, diviene nel nuovo codice, il criterio di

aggiudicazione preferenziale nonché obbligatorio per settori sensibili dove prevale l'esigenza della qualità e tutela dei lavoratori (es. servizi di ristorazione ospedaliera e servizi sociali, assistenziali e scolastici). Solo a titolo esemplificativo si pensi ad esempio all'offerta al massimo ribasso, che pur essendo ancora utilizzabile, la sua applicazione viene molto ridimensionata, in quanto può essere utilizzato solo in determinati casi (art.95). Infatti il criterio meccanico basato esclusivamente sul prezzo più basso, pur se sembrava limitare la discrezionalità dell'amministrazione (e, quindi, la possibilità di scelte arbitrarie ed il rischio di corruzione), aveva dato scarsi risultati in quanto spesso accadeva che gli imprenditori offrissero prezzi troppo bassi salvo poi riuscire ad aumentarli durante l'esecuzione. Certamente, l'ampliamento della discrezionalità deve essere bilanciato con misure finalizzate a favorire l'efficienza e con l'incremento dell'attività di controllo, verifica e vigilanza, nonché con misure atte a garantire l'imparzialità delle commissioni di gara. L'attività di controllo è assicurata in diversi momenti della procedura, ed in particolare: in via preventiva rispetto alla progettazione (art.26); durante lo svolgimento dell'intervento da parte del responsabile unico del procedimento, il cui ruolo viene fortemente rafforzato ed ampliato (art.31); sugli atti delle procedure di affidamento, attraverso l'approvazione da parte degli organi competenti (art.33); e ovviamente sull'attività svolta, specie il collaudo (art.101 e 102). Viene inoltre dato rilievo all'attività di controllo svolta da parte delle stesse stazioni appaltanti: ciò costituisce un elemento per la valutazione della premialità delle stesse (art.38 e 84).

La qualità è assicurata anche attraverso la qualificazione richiesta sia agli operatori economici, per i quali è prevista una rigida disciplina che ne garantisce qualità ed affidabilità, sia alle stazioni appaltanti che devono qualificarsi attraverso degli standard predefiniti e attraverso sistemi premianti che consentono, gradualmente con l'aumento del grado di qualificazione, la possibilità di appaltare opere, lavori e servizi di importo più elevato e di maggiore complessità. È in questo quadro che si inserisce la nuova disposizione (art. 37-41) secondo cui, da un lato, è stabilito che le Pubbliche amministrazioni appaltanti debbano "qualificarsi" (in base al numero di gare esperite nel precedente triennio, alla professionalità del proprio personale, alla valutazione dell'ANAC ecc.) dopodiché iscriversi all'elenco tenuto dall'ANAC.

Sono previste anche disposizioni che sono volte a favorire la concorrenza, ad esempio l'introduzione del documento di gara unico europeo (DGUE), che consentirà un'immediata apertura della concorrenza a livello europeo e l'immediata partecipazione

degli operatori economici sulla base delle autodichiarazioni ivi contenute⁹, nonché le disposizioni che prevedono il graduale passaggio a procedure interamente gestite in maniera digitale.

Il nuovo codice prevede, inoltre, numerose disposizioni a sostegno della legalità, a partire dal forte rafforzamento e potenziamento del ruolo dell'ANAC, nel quadro delle sue funzioni di vigilanza, di promozione e sostegno delle migliori pratiche e di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti. L'ANAC è chiamata ad adottare atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti tipo e altri strumenti di regolamentazione flessibile, fornendo costante supporto nell'interpretazione e nell'applicazione del Codice. Tra le innovazioni a supporto della legalità vanno ricordate anche quelle dirette a favorire l'indipendenza delle commissioni giudicatrici, mediante la previsione della scelta dei componenti delle commissioni da un albo detenuto dall'ANAC.

In coerenza con la disciplina comunitaria e con i criteri di delega contenuti nella legge n.11 del 2016, si disciplina per la prima volta (sulla scorta di quanto avviene in altri paesi europei) l'istituto del c.d. "partenariato pubblico privato", quale forma di sinergia tra poteri pubblici e privati per il finanziamento, la realizzazione o la gestione delle infrastrutture e dei servizi pubblici.

Per garantire l'efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione e tempi certi nell'esecuzione dei contratti, di grande rilievo è l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio. Si prevede che i vizi relativi alla composizione della commissione di gara, all'esclusione della gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali sono considerati immediatamente lesivi e sono ricorribili innanzi al TAR entro 30 giorni dalla pubblicazione della commissione o dell'elenco degli esclusi e degli ammessi.

Sono poi previsti rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale quali l'accordo bonario, l'arbitrato, la transazione e altri rimedi ulteriori.

Per finire con la sintesi delle maggiori innovazioni, è stato previsto l'obbligo dell'utilizzo della procedura di gara con pubblicazione del bando, anche per i contratti sotto soglia di rilevanza europea (definiti all'art.35), distinguendo le procedure utilizzabili tra diverse fasce. Per cui:

⁹ Autodichiarazione su un modello stabilito da una norma europea, ossia il regolamento di esecuzione (Ue) della Commissione del 5 gennaio 2016.

- Per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta;
- Per affidamenti di importi tra 40.000 a 150.000 euro per i lavori, procedura negoziata previa consultazione di almeno cinque operatori economici;
- Per i lavori di importi tra 150.000 e 1.000.000 di euro, procedura negoziata con consultazione di almeno dieci operatori economici;
- Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000, ricorso alle procedure ordinarie (art.36).

2.6 - PRINCIPI E DISPOSIZIONI COMUNI

L'art 1 dispone: “ *il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione*”. Questo articolo recepisce gli articoli 1, 13 e 23 della direttiva 2014/24/UE, 1 e 41 della direttiva 2014/25/UE e ci dice in sostanza l'oggetto e l'ambito di applicazione del codice. Per amministrazioni aggiudicatrici si intendono le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti. Le normative note come “Spending Review” hanno disegnato uno scenario nuovo relativamente alle P.A. appaltanti, stante l'intento del legislatore di ridurre drasticamente il numero (da circa 32.000 ad appena 30) tramite l'introduzione della figura dei c.d. “Soggetti Aggregatori” (Consip, una centrale di committenza per ogni regione, oltre a qualche “grande” stazione appaltante).

Importante in questo contesto è capire il riparto delle competenze legislative dello Stato, Regioni e Province autonome. Il nuovo codice riprende in parte il contenuto del previgente articolo 4 del D.LGS. 123/2006 anche se è stato riformulato. La disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni rientra nell'ambito delle competenze statali in quanto strettamente connessa alla finalità di assicurare la tutela della concorrenza, nonché alla materia “ordinamento civile”¹⁰. In proposito occorre osservare che la Corte

¹⁰ Ai sensi dell'art 117, secondo comma, della Costituzione, lettere e) e l).

costituzionale già con la sentenza n.303 del 2003¹¹ ha chiarito che la mancanza di inclusione dei lavori pubblici nell'elencazione dell'art. 117 Cost, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Si tratta secondo la Corte di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano di volta in volta a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti. Altra sentenza della Corte costituzionale, la n.401 del 2007, ha ribadito la centralità della tutela della concorrenza, rilevando come questa abbia carattere trasversale non presentando i caratteri di una materia di estensione certa ma come una funzione esercitabile sui più diversi soggetti. Inoltre ha asserito la prevalenza della legislazione statale su quella regionale in materia, con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica.

Anche con riferimento all'attuazione del rapporto contrattuale, la Corte costituzionale ha riconosciuto la competenza statale esclusiva fondandola sull'art 117, secondo comma, in materia di ordinamento civile perché è forte l'esigenza di una parità di trattamento su tutto il territorio nazionale dei rapporti civili.

La Corte costituzionale si è, poi, in più occasioni pronunciata sulla questione del riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni e Province ad autonomia speciale. In questo caso¹² si è chiarito che le norme del Codice degli appalti costituiscono norme fondamentali di riforme economico sociali e come tali sono idonee a costituire un limite alla legislazione primaria delle Regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e Bolzano. Ancora, nella sentenza n.328 del 2011, relativa ad un giudizio di legittimità riguardante la legge della Regione Sardegna n.14 del 2002 sul sistema di qualificazione regionale delle imprese per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici regionali, la Corte ha chiarito che la Regione a statuto speciale è tenuta ad esercitare la propria competenza legislativa primaria <<in armonia con al Costituzione.... nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali>>. Le norme del codice degli appalti infatti per la parte correlata all'art 117, secondo comma, lettera e), e in particolar modo per la materia di tutela della concorrenza

¹¹ La Corte si è pronunciata con riferimento ad alcune disposizioni della legge 21 dicembre 2001, n.433, avente ad oggetto la delega al Governo in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive.

¹² Pronuncia in ordine all'illegittimità di alcune norme della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia n.12 del 2010 riguardanti misure di accelerazione di lavori pubblici

rientrano nell'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali.

Il codice dispone inoltre (nello specifico all'art. 4) che l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, esclusi in tutto o in parte dell'ambito di applicazione oggettiva del nuovo Codice, deve comunque avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità. Questa previsione si pone in analogia con l'art. 27 del D.Lgs. del 2006 ma a differenza di questo non impone l'onere di consultare almeno cinque operatori economici prima dell'affidamento. La nuova formulazione anche se consente una semplificazione della procedura non può ritenersi del tutto condivisibile anche alla luce della materia dei contratti sotto soglia e nell'ottica della prevenzione di comportamenti illeciti e anticompetitivi, considerando anche che si può trattare di contratti di importo rilevante.

2.6.1 - CONTRATTI ESCLUSI IN TUTTO O IN PARTE DALL'AMBITO DI APPLICAZIONE : L'AFFIDAMENTO IN HOUSE

Particolare attenzione deve essere adottarsi per i contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione della disciplina. Cercando di fornire un quadro complessivo (ma certamente non esauriente), proviamo a sintetizzare per quanto possibile il tema dell'esclusione. Aspetto certamente molto dibattuto e controverso nel settore della contrattualistica pubblica è l'affidamento "in house" che viene esclusa dall'ambito di applicazione del Codice. Con il termine affidamenti *in house* viene indicata la fattispecie in cui un soggetto tenuto all'obbligo di evidenza pubblica, derogando al principio di carattere generale dell'obbligo di indire una gara pubblica, invece di procedere all'affidamento all'esterno di determinate prestazioni, provvede in proprio (ossia in house) all'esecuzione delle stesse, affidando l'esecuzione dell'appalto o la titolarità del servizio ad altra entità giuridica senza la procedura di gara. Questo sistema evidenzia il modello organizzativo in cui la Pubblica amministrazione, provvede da sé al perseguimento dell'interesse pubblico mediante attività interna ad essa stessa. Il ricorso all'in house è certamente manifestazione di auto-organizzazione della Pubblica Amministrazione la quale può decidere, attraverso un sistema definito, di svolgere da sé il servizio pubblico. Cercando di semplificare la logica dell'istituto, si può dire che siamo in presenza di un'ipotesi in cui un soggetto pubblico controlla stringentemente un

altro soggetto, e quindi, data la sostanziale inesistenza di una distinzione fra i due enti, il primo può legittimamente affidare l'esecuzione dell'attività al secondo, senza obbligo di gara, in quanto, in realtà è sempre lui stesso che svolge il servizio. Una materia così strutturata non può non scontrarsi con i principi generali di tutela della concorrenza e del mercato, tesi a garantire la massima trasparenza e imparzialità anche in materia di appalti e di contratti pubblici. Il rispetto di questi due principi deriva, in primo luogo, dal dettato costituzionale dell'art 97 che dispone che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. L'art.5 precisa i presupposti necessari ai fini della qualificazione dell' in house e quindi in sostanza della non applicabilità del Codice:

- Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica (di diritto pubblico o privato) di cui trattasi un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi. Ai sensi dell'art 5 sussiste un controllo analogo qualora l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore eserciti sulla persona giuridica affidataria un'influenza determinante, sia sugli obiettivi strategici, che sulle decisioni significative. Il controllo può avvenire anche in maniera indiretta e cioè quando l'amministrazione aggiudicatrice controlla una persona giuridica che a sua volta esercita il controllo analogo.
- Oltre l'80% dell'attività giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidata dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da un ente aggiudicatore, nonché da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice. Per determinare tale percentuale si deve fare riferimento, di norma, al fatturato totale medio dei tre esercizi precedenti l'aggiudicazione dell'appalto questa previsione consente di porre fine alla consolidata prassi nazionale, secondo la quale le società beneficiarie di affidamenti "in house" sono state costrette a svolgere la propria attività esclusivamente a beneficio dell'amministrazione aggiudicatrice, rinunciando a tutti i vantaggi economici che potrebbero derivare dall'erogazione di prestazioni, anche in misura marginale, ad altre amministrazioni pubbliche non socie.
- Nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Si tratta della previsione più innovativa in quanto

dovrebbe permettere alle società “in house” di allargare la compagine sociale anche a soggetti privati che, tuttavia al fine di non pregiudicare gli affidamenti, potranno ricoprire solo il ruolo di meri soci finanziatori, senza alcuna ingerenza nelle scelte strategiche e gestionali.

Ulteriore esclusione è prevista nel caso gli appalti siano strumentali allo svolgimento delle attività relative al gas e energia elettrica, acqua, elettricità, servizi di trasporto, porti e aeroporti, servizi postali, gas ed estrazione di carbone o altri combustibili solidi. In tutti questi casi non si applicano le disposizioni contenute nel Codice a condizione che la relativa attività sia direttamente esposta alla concorrenza sui mercati liberamente accessibili. La valutazione dell'esposizione alla concorrenza è effettuata dalla Commissione europea, in relazione all'attività in questione ed al mercato geografico di riferimento, delle caratteristiche dei prodotti, alla presenza di prodotti o servizi alternativi considerati sostituibili sul versante della domanda e dell'offerta. Per mercato geografico di riferimento deve intendersi quello costituito dal territorio dove le imprese interessate intervengono nell'offerta e nella domanda di prodotti e servizi, nel quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee; si dovrà valutare allora anche la presenza di ostacoli all'entrata o di preferenze dei consumatori.

L'art.9¹³ inoltre aggiunge che non sono assoggettabili al codice le concessioni e gli appalti pubblici e di servizi aggiudicati a un'altra amministrazione o a un ente aggiudicatore in base ad un diritto esclusivo in virtù di disposizioni normative che sono volte a tutelare l'interesse generale rispetto l'apertura dei mercati.

Per concludere la veloce disamina dei principali casi di esclusione, non di certo esauriente per la complessità e l'articolazione della materia, è da fare menzione al caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato, si impegni alla realizzazione a sue spese e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di programmi urbanistici. L'amministrazione in una fase successiva alla stipula della convenzione, valuta che il progetto di fattibilità dell'opera (con l'indicazione del tempo massimo per il completamento dell'opera) sia conforme a quanto previsto nella convenzione. Questa previsione è del tutto innovativa nel nostro ordinamento e disciplina un aspetto legato alla partecipazione della società

¹³ Recepisce gli articoli 11 della direttiva 2014/24/Ue, 22 della direttiva 2014/25/Ue

nello sviluppo delle infrastrutture e delle opere pubbliche nell'ambito della sussidiarietà orizzontale. In questo caso la circostanza che l'opera sia realizzata da un privato non vuol dire che non si debbano rispettare i requisiti di ordine morale e quelli di qualificazione richiesti per realizzare un'opera pubblica.

Per concludere la prima disanima del codice, si sottolinea che l'applicazione del Codice avviene solo per i contratti di appalto, lavori, servizi e forniture che superano le soglie comunitaria che sono previste gli articoli 35 e 36 (che prevedono anche metodologie di calcolo del valore stimato degli appalti). Il nuovo Codice degli appalti dedica invece, una sola disposizione alla disciplina dei contratti sotto soglia comunitaria che è l'articolo 36. L'articolo 121 del D.lgs. n.1263/2006 dettando le regole generali per gli appalti sotto soglia, richiamava le prescrizioni previste per gli affidamenti di valore superiore alla soglia in quanto si ritenevano applicabili. In linea di massima, quindi, valevano le stesse procedure ordinarie depurate degli oneri pubblicitari sovranazionali.

2.6.2 - PIANIFICAZIONE, PROGRAMMAZIONE E PROGETTAZIONE

La fase della pianificazione, programmazione e progettazione costituisce senza dubbio il primo passo dell'iter dell'evidenza pubblica. L'attività della Pubblica amministrazione secondo un aspetto prettamente pubblicistico, è sempre rivolta al perseguimento di un interesse pubblico. Quindi i principi fondamentali di efficacia, economicità, efficienza per il rispetto del principio di trasparenza e di giusto procedimento, sono tutte componenti che ci fanno capire quanto sia importante un'attività di pianificazione, programmazione e progettazione. Anche sulla scorta del criterio direttivo della nuova normativa che prevede la razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, professionalizzazione delle stazioni appaltanti e loro riorganizzazione è previsto che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori debbano adottare il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici (solo per i lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000). Il programma è adottato in coerenza con il bilancio e non congiuntamente come previsto dalla precedente normativa, ciò consente di adottare effettivamente il programma solo una volta che siano note le risorse disponibili. L'effettività e la coerenza con il bilancio si riscontra anche nella previsione dell'obbligo di indicare i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata anche i mezzi

finanziari stanziati sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato¹⁴.

Per quanto attiene ai lavori pubblici, differentemente dalla vecchia disciplina, si prevede l'obbligo di inserimento nella programmazione triennale delle opere pubbliche incompiute ai fini del loro completamento o per analizzare soluzioni alternative.

Per quanto riguarda le forniture di servizi si stabilisce l'obbligatorietà dell'adozione del programma biennale e che questo debba contenere gli acquisiti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro; se possibile si individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati.

Le amministrazioni aggiudicatrici devono pubblicare nel proprio profilo del committente, unitamente ai documenti prodotti dall'amministrazione, i progetti di fattibilità relativi a grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulla città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica con un sunto degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. Gli esiti del dibattito pubblico e le varie osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relative all'opera sottoposta al dibattito pubblico¹⁵. Una specifica disciplina sul dibattito pubblico non esiste nella legislazione nazionale, mentre un articolato esempio si ritrova nella legislazione regionale toscana¹⁶.

Per quanto riguarda la progettazione questa si articola su tre livelli: fattibilità, definitiva ed esecutiva. I livelli di progettazione devono assicurare il soddisfacimento dei fabbisogni della collettività, la qualità architettonica e tecnica dell'opera, conformità alle norme ambientali, urbanistiche e di tutela dei beni culturali e paesaggistici, un limitato consumo del suolo, l'efficienza energetica, compatibilità con le preesistenze archeologiche. Per le opere di rilevanti rilevanza sotto i diversi profili prima esposti, si può fare ricorso a professionalità interne, se esistenti, o esterne mediante apposite procedure concorsuali. I progetti differiscono nei loro contenuti:

¹⁴ Articolo 21 comma 3.

¹⁵ Istituto analogo a quello previsto nella legislazione francese. In Francia, secondo le disposizioni della c.d. Loi Barnier del 1995, le grandi opere infrastrutturali di portata nazionale, con un'incidenza rilevante sull'ambiente, devono essere oggetto, prima di ogni altra valutazione, in un momento che ancora consente la modifica del progetto, sono soggette a dibattito pubblico. Il dibattito ha lo scopo di legittimare democraticamente la decisione, aggiungere maggior chiarezza e nuovi spunti anche al fine di individuare gli attori da coinvolgere nelle fasi successive.

¹⁶ Legge regionale n46/2013 recante "Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali" composto da ben 32 articoli.

- Il progetto di fattibilità tecnica ed economica individua tra diverse soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto costi benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare. Il progetto deve, altresì, contenere studi, indagini sociali e ambientali anche di tipo geologico, schemi grafici, stime economiche, nonché i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare. Il progetto è redatto dopo l'avvenuto svolgimento di indagini preventive dell'interesse archeologico, di studi preliminari sull'impatto ambientale, con l'elaborazione di uno specifico elaborato cartografico.
- Il progetto definitivo invece individua i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e se presente dal progetto di fattibilità. Questo documento contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la definizione dei costi di realizzazione.
- Il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto deve essere corredato da un apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita.

Nei casi non espressamente previsti dal Codice è previsto che gli appalti relativi ai lavori sono affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e nel contempo dà certezza per il rispetto dei tempi e dei costi previsti.

L'articolo 23 prevede inoltre che il responsabile del procedimento stabilisca criteri, contenuti e momenti di verifica tecnica dei vari livelli di progettazione; disciplina inoltre le modalità di accesso per l'espletamento delle indagini e delle ricerche necessarie all'attività di progettazione. Un'importante previsione per garantire omogeneità e coerenza al processo è che la progettazione definitiva ed esecutiva, siano svolte dal medesimo soggetto. In caso di motivate ragioni di affidamento disgiunto, il nuovo progettista deve accettare l'attività progettuale svolta in precedenza.

Quanto alla progettazione di servizi e forniture, essa è articolata, normalmente, in un unico livelli ed è predisposta dalle stazioni appaltanti, di regola, mediante propri dipendenti in servizio. Per gli appalti di servizi il progetto deve contenere nelle sue parti

più importanti: la relazione tecnico illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio, il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi, il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi, l'indicazione dei requisiti minimi che le offerte devono comunque garantire e degli aspetti che possono essere oggetto di variante migliorativa.

Tutte le prestazioni relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva, all'attività di supporto alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici, alla direzione dei lavori, sono espletate non più solo da progettisti interni; ciò a conferma della sempre maggiore valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di concessione di lavori anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione. I progetti possono essere elaborati da:

- Gli uffici tecnici delle stazioni appaltanti
- Gli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende sanitarie locali, i consorzi, possono costituire
- Gli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge
- I soggetti di cui all'art 46 del Codice: liberi professionisti singoli o associati, compresi, per le forme inerenti al restauro e alla manutenzione dei beni mobili, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della normativa
- Le società di professionisti
- Le società di ingegneria
- I consorzi stabiliti di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista
- I prestatori di ingegneria ed architettura stabiliti in altri Stati membri

Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, approva, con proprio decreto, le tabelle dei corrispettivi delle attività e di quelle analoghe di supporto ai responsabili del procedimento negli appalti e nelle concessioni¹⁷.

¹⁷ Articolo 9 comma 2 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n.1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n.27, come modificato dal decreto-legge 22 giugno 2012, n.83, convertito, con

L'art 25 prevede inoltre che in caso di realizzazione di lavori pubblici ricadenti in aree di interesse archeologico, le stazioni appaltanti trasmettono al soprintendente territoriale competente, prima dell'approvazione, una copia del progetto di fattibilità dell'intervento o di uno stralcio sufficiente ai fini archeologici, compresi gli esiti delle indagini geologiche e archeologiche preliminari. Le stazioni appaltanti raccolgono ed elaborano la documentazione mediante i dipartimenti archeologici delle università, ovvero i soggetti specializzati in archeologia iscritti in apposito albo. Il soprintendente qualora ravvisi l'esistenza di un interesse archeologico può richiedere entro 30 giorni dal ricevimento del progetto, la sottoposizione dell'area di intervento di verifiche, i cui oneri sono a carico della stazione appaltante. Avverso la richiesta di approfondimenti è esperibile il ricorso amministrativo al Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo. Se il soprintendente non richiede ulteriori verifiche, o se queste hanno esito negativo, l'esecuzione di ulteriori indagini è possibile solo in caso di successiva acquisizione di nuove informazioni o di emersione, nel corso dei lavori, di nuovi elementi archeologici rilevanti, in questo caso il Ministero comunica l'avvio della nuova procedura di verifica e accertamento. È possibile anche che si instauri una procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico che si conclude con la redazione della relazione archeologica definitiva, approvata dal soprintendente.

L'articolo 26 prevede invece, in linea con i criteri di delega della legge 28 gennaio 2016 n.11, che la stazione appaltante, nei contratti relativi a lavori, verifichi la rispondenza degli elaborati e la loro conformità alla normativa vigente. Si tratta di un'attività che tecnico amministrativa, istruttoria, che viene svolta prima dell'inizio delle procedure di affidamento e riguarda tutti i livelli progettuali, a prescindere da chi ne ha curato la progettazione che è affidabile all'interno o all'esterno della stazione appaltante. Prima dell'approvazione del progetto e in contraddittorio con il progettista, viene verificata la conformità del progetto esecutivo o definitivo con il progetto definitivo o progetto di fattibilità. Al contraddittorio partecipa anche il progettista autore del progetto posto a base della gara, che si esprime in ordine tale conformità. Tutti gli oneri derivanti dall'accertamento della rispondenza agli elaborati progettuali sono ricompresi nelle risorse stanziare per la realizzazione delle opere e si indicano i soggetti che effettuano la verifica.

modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n.134 recante" determinazione dei corrispettivi a base di gara per gli affidamenti di contratti di servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria".

L'approvazione dei progetti da parte delle amministrazioni deve essere effettuata in conformità alle norme dettate dalla legge 7 agosto 1990, n.241, alle disposizioni statali e regionali che regolano le materie ed alle disposizioni in tema di Conferenza di servizi. Proprio in sede di Conferenza di servizi, sul progetto di fattibilità, tutte le amministrazioni e i soggetti invitati, compresi gli enti gestori di servizi pubblici per i quali possono riscontrarsi interferenze con il progetto, sono obbligati pronunciarsi sulla localizzazione e il tracciato dell'opera. Gli enti gestori delle interferenze hanno l'obbligo di segnalare al soggetto aggiudicatore la sussistenza di interferenze non rilevate e di collaborare con il soggetto aggiudicatore per lo sviluppo delle opere pertinenti le interferenze rilevate.

3 - AUTONOMIA NEGOZIALE ED EVIDENZA PUBBLICA

Per realizzare delle opere pubbliche e per l'acquisizione di beni e servizi da parte della Pubblica Amministrazione è necessario indire delle gare d'appalto che permettano una gestione pubblica improntata sul rispetto della trasparenza, della concorrenza e della meritocrazia tra i vari operatori economici. L'attività contrattuale della P.A. è attività definita ad evidenza pubblica, concetto che attiene ad un modello procedimentale disciplinato da norme di carattere pubblicistico che regolano l'attività contrattuale dell'amministrazione, con particolare riguardo alla procedura di individuazione del contraente. Questo sistema presuppone che l'amministrazione sia imparziale ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione¹⁸ che introduce tra l'altro il principio di trasparenza; e deve inoltre trattarsi di amministrazione neutrale, cioè un'amministrazione che sceglie il proprio contraente, applicando rigide regole di evidenza pubblica, cui si vincola, ed effettuando una valutazione comparativa delle offerte al fine di individuare la proposta effettivamente più vantaggiosa ed idonea a soddisfare l'interesse pubblico sotteso al contratto.

La manifestazione dell'autonomia negoziale delle Pubbliche Amministrazioni è caratterizzata dalla compresenza di elementi privatistici e pubblicistici. I rapporti instaurati dalle Pubbliche Amministrazioni, una volta instaurati, sono disciplinati normalmente dal diritto privato (salvo espresse deleghe previste dalla legge) e quindi dal codice civile.

L'ente pubblico contraente deve soggiacere alle stesse regole di correttezza e buona fede del contraente privato, rispetto al quale si pone in una situazione di parità, senza godere di nessuna posizione di supremazia: in questa prospettiva, la validità, l'esecuzione, l'interpretazione, la risoluzione del contratto sono regolate dal codice civile, seguendo i principi generali del diritto delle obbligazioni, che non conoscono deroghe a seconda che uno dei soggetti negoziali abbia natura pubblica. Certamente, mentre l'autonomia negoziale del privato consente a costui di realizzare e di perseguire tutti gli interessi che non sono vietati dall'ordinamento, la P.A. è vincolata al perseguimento di determinati obiettivi, di interessi pubblici al cui soddisfacimento la sua attività è indirizzata.

¹⁸ "le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, assicura l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buono andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.."

Quindi anche se l'attività è destinata a costituire un rapporto giuridico di diritto privato, la volontà dell'amministrazione è preordinata al raggiungimento di un interesse pubblico, interesse che deve essere chiaro e esplicitato dagli organi dell'ente e che deve essere reso conoscibile e controllabile in ogni fase del procedimento amministrativo.

In questa ottica allora è facilmente comprensibile l'attenzione che l'ordinamento rivolge alla formazione della volontà negoziale dell'ente pubblico: il diritto amministrativo quindi articola in distinte fasi procedurali le modalità di formazione della volontà contrattuale della Pubblica Amministrazione. Vengono curati sostanzialmente gli aspetti riguardanti la programmazione, la determinazione a contrarre con individuazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte, la selezione dei partecipanti, la selezione della migliore offerta, l'aggiudicazione del contratto.

Il nuovo codice rielabora anche il tema della trasparenza, tema centrale per l'evidenza pubblica, in relazione agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici. L'art 29 dispone che tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi, forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico, nel caso in cui non siano riservati e secretati, debbano essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione Amministrazione trasparente. In tal modo si chiarisce anche l'inclusione tra gli atti soggetti a pubblicazione anche di quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico, in attuazione del criterio di delega sulla pubblicità e trasparenza degli affidamenti in house, per i quali, non era chiara sino ad ora l'applicabilità del decreto legislativo n.33 del 2013.

Altro elemento di ampliamento rispetto alla disciplina previgente in materia di trasparenza è la previsione dell'obbligo di pubblicazione dei resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione. Gli atti dovranno essere anche pubblicati sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sulla piattaforma digitale istituita dall'Autorità nazionale anticorruzione, anche attraverso i sistemi informatizzati delle sezioni regionali e le piattaforme regionali. Si prevede anche che, al fine di poter consentire la proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del Codice del processo amministrativo, siano altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, gli elenchi dei concorrenti esclusi dalla procedura e di quelli

ammessi e di quest'ultimi la documentazione non considerata riservata, nonché la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti.

Importante sottolineare che i precetti contenuti nel 1 comma dell'articolo 29, devono essere coordinati con la disposizione contenuta nell'art.53 del Codice, in tema di accesso agli atti della procedura, che prevede specifiche ipotesi di differimento dell'accesso medesimo, anche nella finalità di riservatezza.

Il diritto di accesso è differito : 1) nelle procedure aperte, in relazione ai soggetti che hanno presentato l'offerta, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime ; 2) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invio o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare; 3) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; 4) in relazione al procedimento di verifica delle anomalie dell'offerta, fino all'aggiudicazione; 5) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione¹⁹. Gli atti elencati, fino alla scadenza dei termini previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

Quindi rispettando il procedimento dell'evidenza pubblica, attraverso tale procedimento vengono fatti emergere e resi chiaramente visibili i motivi di interesse pubblico che presiedono alla scelta contrattuale nonché i modi di gestione delle risorse finanziarie che normalmente vengono impiegate da qualunque soggetto nell'esercizio della propria azione contrattuale. Nel medesimo modo, vengono predisposte e rese altrettanto note le condizioni idonee ad assicurare parità di trattamento ed opportunità nella prestazione delle rispettive candidature ai soggetti interessati a partecipare allo scambio contrattuale con l'amministrazione. Le diverse fasi in cui si articola il complesso procedimento di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione sono denominate procedure dell'evidenza pubblica. In definitiva il contratto di cui sia parte una amministrazione

¹⁹ Articolo 53 comma 2

pubblica si pone sempre come elemento finale di un procedimento amministrativo complesso, quale è quello finalizzato all'adozione del contratto.

La fase precedente il perfezionamento del contratto è regolata dal diritto amministrativo, mentre la fase contrattuale vera e propria è regolata dal diritto civile, come più volte fatto presente. Il contratto ad evidenza pubblica si compone di una serie di atti e di provvedimenti amministrativi preparatori precedenti alla conclusione del contratto.

Nelle fasi delle procedure di affidamento è ben evidente la figura del contratto ad evidenza pubblica: una prima fase infatti è caratterizzata dalla deliberazione a contrarre, concernente anche il fine e l'oggetto del contratto, segue poi una procedura concorsuale volta alla selezione del contraente con cui poi concludere il contratto. La selezione del contraente avviene di solito con una procedura selettiva, indetta con un atto ad impulso come un bando pubblico o lettera di invito, nel quale, alla presentazione delle offerte segue la loro valutazione in base ai criteri indicati nell'atto medesimo per scegliere l'offerente migliore, che garantisca le condizioni migliori ed assicuri le maggiori garanzie di qualità e perizia nell'esecuzione della prestazione contrattuale. Nei casi previsti dalla legge, l'amministrazione può indire una gara riservata ad un numero limitato di offerenti, oppure trattare privatamente con un offerente determinato.

3.1 - FASI DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

Nel procedimento di evidenza pubblica in questione sono individuabili più fasi successive che sono caratterizzate da differenti atti amministrativi:

- La determinazione o deliberazione a contrarre
- Il bando di gara
- L'aggiudicazione del contratto (previa proposta di aggiudicazione)
- La stipulazione del contratto
- L'approvazione del contratto da parte dell'autorità tutoria, se previsto.

Il D.Lgs. n.50 del 2016 riprende la suddivisione divisa in due fasi del procedimento di affidamento del contratto del D.Lgs. n.163 del 20016. Il decreto, riprendendo l'impostazione delle direttive e del vecchio codice, detta una disciplina generale degli appalti pubblici che si suddivide in due fasi: la prima fase ha una natura di tipo

amministrativo ed è rappresentata dalla procedure di scelta del contraente che si deve svolgere secondo regole ben definite; la seconda fase invece ha una natura prettamente negoziale ed è costituita dal momento di conclusione del contratto e attuazione del rapporto contrattuale. La disciplina delle fasi delle procedure di affidamento è collocata nel titolo VI all'articolo 32.

L'articolo 32 dispone *“le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle normative vigenti”* proseguendo poi con il 2 comma *“prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”* prosegue *“la selezione dei partecipanti e delle offerte avviene mediante uno dei sistemi e secondo i criteri previsti dal presente codice”*.

Viene mantenuta quindi una sequenza procedimentale consueta con la previsione degli atti a valenza “interna” di programmazione e determinazione a contrarre e con la sequenza del vero e proprio procedimento di selezione dei partecipanti e delle offerte. Tali procedimenti sono poi disciplinati in maniera specifica in altre parti del Codice cui l'art. 32 fa implicito rinvio, ad esempio l'art 59 che individua le scelte delle procedure per la selezione del contraente. I sistemi di gara sono:

- La procedura aperta
- La procedura ristretta
- La procedura competitiva con negoziazione
- La procedura negoziata senza previa pubblicazione
- Il dialogo competitivo
- Il partenariato per l'innovazione

Mentre i “criteri” di gara sono le modalità con le quali viene selezionato il contraente. Il codice ne individua essenzialmente due: l'offerta economicamente più vantaggiosa, che individua elementi combinati di qualità e prezzo; il massimo ribasso, relegato ad ipotesi sostanzialmente residuali.

Le amministrazioni aggiudicatrici, sulla base delle previsioni contenute negli atti di programmazione, adottano dei provvedimenti espressi (decreto o determinazione), dove devono essere indicati gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Il Codice dei contratti chiarisce che il

provvedimento a contrarre deve essere adottato prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici: esso, quindi, deve precedere e mai seguire la pubblicazione del bando o l'avvio delle diverse procedure elettroniche negoziate. Il provvedimento in esame assolve anche la funzione di far emergere l'interesse pubblico, posto che il contratto che si stipulerà è neutro rispetto agli interessi che le parti intendono realizzare. La determinazione a contrarre costituisce un atto prodromico alle procedure di selezione del contraente, con la quale l'amministrazione forma la propria volontà sugli elementi essenziali del contratto. Al contempo però l'amministrazione non potrà esimersi dal motivare puntualmente in ordine alle ragioni sottese alla scelta degli elementi e dei criteri individuati. In particolare, la determina a contrarre dovrà specificare se l'amministrazione intende concludere un contratto di appalto, di concessione, oppure un accordo quadro e determinare gli elementi essenziali dei predetti, come lo specifico oggetto e l'importo a base d'asta, le clausole essenziali. La mancata adozione del provvedimento, in quanto atto amministrativo, un suo possibile vizio di legittimità che lo rende annullabile o la sua nullità, determina necessariamente un vizio nell'iter procedimentale che riguarda la formazione della volontà contrattuale della P.A. e che quindi si può riflettere su tutti gli atti del procedimento di gara compreso il successivo contratto che quindi risulterà invalido per un vizio del procedimento.

In linea generale, dopo la determina a contrarre, l'avvio della procedura è effettuato con la pubblicazione del bando di gara, secondo le modalità e regole previste dal codice. Ma, poiché le modalità operative possono essere molteplici, al di fuori dei casi in cui il bando è obbligatorio (procedure aperte e ristrette), i provvedimenti che innescano le procedure possono essere di varia natura. Solo per fare un esempio, nel caso di appalti esclusi dall'applicazione del codice nei quali siano ammesse forme semplificate di selezione, si può trattare di avvisi di manifestazione di interesse a partecipare a fasi successive di procedure negoziate, oppure direttamente lettere di invito a presentare una proposta economica nel caso di affidamenti diretti (generalmente ammessi sotto la soglia dei 40.000 euro). Nel caso, poi, in cui la P.A. utilizzi strumenti di negoziazione su piattaforme web, gli atti materiali delle procedure sono disposti seguendo le indicazioni procedurali delle piattaforme medesime.

Il Codice al comma 4 dell'art 32, specifica chiaramente che ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. Questo divieto è un divieto che opera direttamente per

legge: dunque non è necessario che il bando di gara lo disponga direttamente, perché venga pronunciata l'esclusione dell'operatore economico che presenti più di un'offerta. L'offerta vincola l'operatore economico che la presenta per il periodo di tempo indicato nel bando o nell'invito di gara, in caso di mancata indicazione della durata del vincolo, l'offerta vincola l'operatore economico per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. Tuttavia, la stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine, quando le operazioni di gara si prolunghino oltre le previsioni. Certamente, rimane in facoltà degli operatori economici accettare la proposta di riferimento o rifiutarla e ritirarsi dalla procedura.

Successivamente la stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione (con questo termine è stata sostituita l'aggiudicazione provvisoria per evitare problematiche interpretative in sede di contenzioso²⁰) provvede all'aggiudicazione definitiva che però non equivale ad accettazione dell'offerta. Questa nuova denominazione è stata richiesta dal Consiglio di Stato, allo scopo di non ingenerare negli operatori economici equivoci sulla possibile presentazione di ricorsi su un provvedimento; l'aggiudicazione provvisoria infatti ha efficacia solo interna e non lesiva delle posizioni giuridiche dei partecipanti alle gare. Lo stesso concetto è ribadito dal Tar Lombardia, sezione Milano, con la sentenza dell'8 Luglio 2016, n.1383. ²¹La

²⁰ In sede di parere sullo schema del decreto legislativo sul nuovo codice degli appalti il Consiglio di Stato (commissione speciale del 21 marzo 2016 „885/2016) si è espresso in questi termini “ Altro tema meritevole di approfondimento è l'istituto dell'aggiudicazione provvisoria. La natura anfibia del concetto stesso di aggiudicazione provvisoria (un atto infraprocedimentale, forzatamente equiparato a un provvedimento) rendono opportuno il superamento dell'istituto. Si suggerisce quindi la sostituzione, negli articoli pertinenti e nelle norme connesse, dell'aggiudicazione “provvisoria” con la “proposta di aggiudicazione. In via consequenziale l'aggiudicazione definitiva deve diventare tout court “aggiudicazione”.

²¹ Un istituto di ricovero e cura a carattere scientifico di Milano indice una procedura aperta per la fornitura di dispositivi medici, da esperire in forma elettronica mediante l'utilizzo del sistema telematico di negoziazione denominato Sintel. Nel corso della gara, un concorrente viene escluso in quanto, secondo la stazione appaltante, il file caricato sulla piattaforma, contenente la cauzione provvisoria presentata dallo stesso concorrente, risultava illeggibile. A fronte di ciò il concorrente escluso propone ricorso avanti al Giudice amministrativo contro il provvedimento di esclusione. Il Tar di Lombardia, in questa occasione sottolinea come, secondo la Giurisprudenza amministrativa, sia ormai pacifico che, a differenza dell'impugnazione definitiva, in capo alle imprese che partecipano alla gara non sussiste un onere d'immediata impugnazione dell'aggiudicazione provvisori dell'appalto, poiché si tratterebbe di un'impugnativa rivolta contro un atto di natura endoprocedimentale non conclusivo del procedimento, e dunque, non immediatamente lesivo. In definitiva, l'impresa che risulta provvisoriamente aggiudicataria non è titolare di una posizione giuridico-soggettiva differenziata rispetto agli altri concorrenti e che tale impresa abbia uno specifico interesse alla conservazione del relativo atto endoprocedimentale, così da essere necessariamente qualificata quale controinteressata a differenza dell'aggiudicazione definitiva, che al contrario, attribuisce stabilmente all'impresa aggiudicataria una posizione di vantaggio rispetto agli altri partecipanti alla procedura.

distinzione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva era concepita nel senso che alla prima fase appartenesse ogni attività funzionale alla stipulazione del contratto, quindi tutti i tipi di controlli necessari alla valutazione dell'effettivo possesso dei requisiti, sia di ordine generale, sia legati alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, così da poter poi emanare l'aggiudicazione definitiva, intesa come provvedimento formale che ha lo scopo di impegnare in maniera definitiva la spesa e di consentire la stipulazione del contratto. L'aggiudicazione, tanto provvisoria quanto definitiva, non produce l'effetto di far nascere il rapporto obbligatorio tra ente appaltante ed operatore economico, bensì solo il diverso effetto di concludere formalmente la procedura di gara con l'individuazione del miglior offerente. Il rapporto obbligatorio, infatti nascerà solo a seguito della stipula del contratto. Il d.lgs. 50/2016 mantiene l'impostazione procedurale analizzata ma non si parla più di "aggiudicazione provvisoria" ma di "proposta di aggiudicazione"; allo stesso modo non si parla più di "aggiudicazione definitiva", ma di aggiudicazione vera e propria.

La proposta di aggiudicazione coincide con la conclusione delle operazioni di gara, successivamente infatti si deve trasmettere la proposta di aggiudicazione all'organo competente per l'approvazione dell'aggiudicazione. La trasmissione della proposta viene effettuata dalla commissione di gara che è un organo straordinario dell'amministrazione, che agisce nell'esercizio di proprie competenze e responsabilità. Essa conclude le sue mansioni con l'ultimo verbale, che contiene la proposta di aggiudicazione approvando la graduatoria finale degli offerenti e propone al dirigente/responsabile di servizio l'aggiudicazione all'operatore economico piazzato al primo posto. Occorre, allora, una formale assegnazione degli atti al dirigente che solo successivamente provvederà all'approvazione della proposta di aggiudicazione, provvedendo all'aggiudicazione finale. Ai sensi dell'articolo 32, comma 9, il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva. In alcuni casi questa procedura è del tutto virtuale, specialmente se, come succede di frequente, il presidente della commissione di gara coincide con il dirigente responsabile della procedura.

Ai sensi del nuovo codice è necessario comunicare l'aggiudicazione definitiva, non solo all'aggiudicatario, ma a tutti i concorrenti, ecco perchè si parla di "ultima delle comunicazioni" per il calcolo dei giorni che portano alla stipula del contratto, a conferma di come la comunicazione sia rivolta ad una pluralità di soggetti che hanno

partecipato alla selezione. Il codice a differenza del vecchio d.lgs. del 20016 non indica un termine entro il quale deve essere comunicata l'aggiudicazione definitiva: sarà ciascuna stazione appaltante ad avere una propria regolazione in merito, in ciascuna procedura.

Proprio il tema delle comunicazioni è stato riformato con il d.lgs. 50/2016 rispetto al d.lgs. 163/2006, che prevedeva in maniera molto confusa modalità miste di comunicazione cartacea, via fax e sistemi di posta elettronica. Seguendo l'impostazione del nuovo codice, l'articolo 52 stabilisce per i settori ordinari e per quelli speciali, che tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni debbono essere eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici (nei casi in cui non sono utilizzati mezzi di comunicazione elettronica, vengono previste espresse deroghe dall'articolo 52, ad esempio nel caso della natura specialistica dell'appalto che richiederebbe specifici strumenti, dispositivi o formati di file che non sono in genere disponibili o non sono gestiti dai programmi comunemente disponibili, la comunicazione avviene per posta o altro idoneo supporto ovvero mediante una loro combinazione). La regola generale in definitiva, è che tutte le informazioni tra amministrazioni appaltanti ed operatori economici siano trasmesse attraverso i canali elettronici e digitali, quindi che tutti gli operatori che entrano a vario titolo nel percorso di aggiudicazione si dotino degli strumenti necessari per tali scambi. Si tratta certamente delle comunicazioni rivolte a ciascun candidato ed offerente che si vanno ad aggiungere alla pubblicità sul profilo del committente e sugli altri siti. Ulteriore articolo degno di nota è l'articolo 76 che prevede che la stazione appaltante deve dare avviso ai concorrenti, a mezzo PEC, del provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni alla procedura, in relazione a requisiti morali e a quelli di qualificazione, indicando inoltre l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Questa previsione è prevista per esigenze di certezza del diritto, che impone di ancorare ad una data certa (in questo caso la data di ricevimento della comunicazione) l'effettiva conoscenza degli atti di gara alla quale a sua volta è ancorata la decorrenza del termine di impugnazione²². Con riferimento agli atti della fase di pre-qualificazione (esclusioni

²² La disposizione va a correlarsi con quella processuale contenuta nel secondo comma dell'articolo 41 C.P.A., dove si prevede che " qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge".

e ammissioni in merito alla valutazione dei requisiti soggettivi), l'art.204 del D.lgs. n.50, prevede che il provvedimento che determina l'esclusione dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa come risultato delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali v'è impugnato nel termine di 30 giorni decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante.

La stazione appaltante ai sensi del 5 comma dell'articolo 32, verifica la proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33 e solo successivamente provvede all'aggiudicazione. Occorre quindi che la proposta di aggiudicazione sia approvata con una determinazione di aggiudicazione dall'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante²³, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dalla ricezione della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a 30 giorni previsti dall'articolo 33. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere (ripristinando a zero la durata) da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Occorre ricordare che se il dirigente non provvede entro il termine fissato, la proposta di aggiudicazione si intende approvata e, dunque, si forma implicitamente il provvedimento di aggiudicazione.

Come già chiarito precedentemente, il comma 6 dell'articolo 32 del d.lgs. 50/2016 chiarisce che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. Dall'approvazione definitiva, allora, non deriva alcun vincolo obbligatorio tra l'operatore economico aggiudicatario e tra l'amministrazione appaltante. L'aggiudicazione infatti non è immediatamente efficace: lo diviene solo successivamente, dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti soggettivi in capo all'aggiudicatario. Per questo motivo l'aggiudicazione non autorizza alla stipulazione del contratto, né all'emanazione dell'ordine di esecuzione in via d'urgenza.

Secondo quanto già stabilito dall'articolo 11 del d.lgs. n.163 del 2006, in recepimento della direttiva ricorsi, il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione

²³ Negli enti locali può e deve provvedere il medesimo dirigente che ha presieduto la gara, infatti, non vi è incompatibilità, nelle gare per l'aggiudicazione di contratti comunali, tra la funzione di presidente della commissione di gara e quella di organo che dispone l'aggiudicazione, entrambe nella persona del dirigente di settore.

definitiva. L'amministrazione appaltante, come più volte detto, ha l'obbligo di comunicare l'aggiudicazione entro i termini autoregolamentati a tutti i partecipanti. È utile prendere atto che il termine dilatorio di 35 giorni per la stipula del contratto decorre dall'invio e non dalla ricezione della comunicazione. Il termine dilatorio è previsto per permettere alle imprese appaltatrici di presentare il ricorso avverso l'aggiudicazione, così facendo si evita che la situazione giuridica si consolidi a loro danno. Una volta che comunque l'aggiudicazione è divenuta efficace, è previsto che la stipulazione del contratto di appalto o di concessione abbia luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario.

Il termine dilatorio di 35 giorni si non si applica in determinati casi che vengono elencati dal codice, ad esempio:

- È stata presentata una sola offerta,
- È stata ammessa una sola offerta,
- Non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito,
- Queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva

Il d.lgs. quindi rende più chiaro tutte le ipotesi in cui il termine dilatorio non si applica, anche se, l'elencazione si ritiene non sia completa potendo prevedere come ad esempio la previsione dell'articolo 63 che consente l'affidamento diretto ad una sola impresa in determinate ipotesi.

In parallelo ai termini dilatori esposti, si continuano a svolgere le attività necessarie per giungere alla stipulazione. Infatti, ai sensi dell'articolo 32, ai fini dell'attribuzione di efficacia all'aggiudicazione si provvede alla verifica, nei confronti del solo aggiudicatario, dei requisiti previsti ai fine della stipulazione. Si parla di requisiti che hanno carattere generale, previsti dall'articolo 80 del d.lgs. 50/2016, riferiti alle posizioni Inps e Inail, cassa edile (Durc)²⁴, requisiti operativi richiesti dal bando. Una volta acquisita tutta la documentazione, per la verifica di tutti i necessari requisiti sia di carattere tecnico che di ordine generale, il responsabile unico del procedimento attesta

²⁴ LEGGE 68/1999

in una relazione istruttoria (datata e sottoscritta) l'esito positivo o negativo del possesso di tali requisiti.

Il responsabile del procedimento, riporta i dati della relazione istruttoria in calce alla determina di aggiudicazione, indicando gli estremi della relazione istruttoria e l'esito che: se positivo, attesta l'intervenuta efficacia del provvedimento; se negativo, indica l'irrimediabile inefficacia del provvedimento. Ai sensi dell'articolo 32 del Codice, infatti, l'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo in casi di urgenza dove la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne richiede l'esecuzione immediata.

Fino alla stipula del contratto, nel tempo che intercorre tra la stipula e l'efficacia del contratto, l'amministrazione appaltante può revocare o annullare la procedura di gara nei casi ammessi dalla legge 241/1990²⁵, quindi facendo ricorso ai poteri di autotutela. Fino alla stipula del contratto infatti, siamo comunque in una fase di applicabilità delle regole pubblicistiche e quindi ancora non nascono obbligazioni tra le parti.

La fase finale di tutto il procedimento è la stipula del contratto. Superati i trentacinque giorni dalla comunicazioni a tutti i contro interessati, e l'eventuale ulteriore termine sospensivo in caso di ricorso con istanza cautelare, si arriva alla stipula del contratto. In effetti l'amministrazione potrebbe anche riservarsi di non stipulare il contratto, effettuando un ripensamento della propria decisione ad agire, in autotutela, annullando il provvedimento di aggiudicazione (a riprova che l'aggiudicazione non produce alcun effetto obbligatorio di diritto civile). La stipula del contratto, come più volte esposto, deve avvenire nel termine di 60 giorni dal conseguimento dell'efficacia dell'aggiudicazione o entro il diverso termine previsto nel bando. Nel caso in cui non si giunga alla stipulazione del contratto, all'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Infine, si prevede che il contratto è stipulato, a pena di nullità con atto pubblico notarile informatico, o in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata, in caso di procedura negoziata o per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere.

²⁵ Articoli 21-quinquies e 21-nonies

3.2 - IL RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO

L'articolo 31 del Codice si focalizza sulle funzioni del RUP negli appalti di lavori, servizi e forniture e nelle concessioni nonché i requisiti di professionalità. Questa disciplina è del tutto nuova e si discosta da quella contenuta nell'articolo 10 del decreto legislativo n.163 del 2006. Disposizioni particolari sono previste per i settori riguardanti all'ingegneria e all'architettura, per il caso di appalti di particolare complessità e per gli appalti aggiudicati con la formula del contraente generale, mentre la norma sotto esame non si può applicare alle stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni ed enti pubblici. Queste ultime, infatti, sono tenute ad individuare, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti a cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento. Per i particolari requisiti di professionalità oltre a quanto previsto dal Codice si rinvia ad un provvedimento dell'ANAC che definisca una disciplina più completa e di maggior dettaglio ²⁶.

Si prevede, nel dettaglio, che per ogni singola procedura di affidamento di un appalto o di una concessione, le stazioni appaltanti, con atto formale del responsabile dell'unità organizzativa, che deve essere di livello apicale, nominano, nel primo atto relativo ad ogni singolo intervento, un RUP per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione. A tal proposito, si ritiene che il RUP deve essere nominato prima del progetto di fattibilità tecnica ed economica, nel caso invece di lavori non assoggettati a programmazione, contestualmente alla decisione di acquisire gli stessi. Per i servizi e le forniture invece, il RUP deve essere nominato contestualmente alla decisione di acquisire i servizi e le forniture.

È previsto che il responsabile del procedimento sia un dipendente di ruolo della medesima unità organizzativa cui è preposto il soggetto apicale che lo nomina, che possieda competenza adeguata in relazione ai compiti per cui è nominato. Per i lavori riguardanti servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico. Nel caso in cui sia accertata la carenza nell'organico dell'unità organizzativa di tale figura professionale, le competenze sono attribuite al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare. Questa soluzione pare del tutto coerente con la regola generale posta dall'ultimo comma dell'articolo 7 del d.lgs. n.165/2001 con riferimento alle amministrazioni pubbliche, laddove si impone che sia legittimo il

²⁶ Linee guida attuative del Codice degli appalti pubblici, documento di consultazione "nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalto e concessioni".

conferimento di incarichi esterni solo per esigenze cui le stesse non possono fare fronte con il personale in servizio. La stazione appaltante in casi di particolare importanza può affiancare al RUP una struttura stabile, per ottenere dei migliori risultati sotto l'aspetto qualitativo della progettazione e della programmazione²⁷; deve inoltre provvedere all'opportuna attività di formazione dei soggetti che possono essere nominati responsabili del procedimento.

Il RUP ha i seguenti compiti specifici (art.31 comma 4):

- Formula proposte e fornisce dati e informazioni per il programma triennale dei lavori pubblici e per gli altri atti di programmazione
- Cura il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati
- Cura il corretto svolgimento delle procedure
- Segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi
- Accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari
- Fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza
- Sorveglia l'efficiente gestione economica dell'intervento
- Propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni
- Propone l'indizione della conferenza di servizi (quando sia necessaria)
- Verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni

Importante funzione che deve svolgere il RUP è quella di controllo e verifica preliminare del progetto. Il primo compito del responsabile è infatti quella di stabilire chi può partecipare alla gara d'appalto verificando la regolarità della documentazione amministrativa delle imprese. Ciò anche in considerazione del fatto che il RUP cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure, espletando tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento che non siano specificatamente attribuiti alla commissione giudicatrice. Esso inoltre, stabilisce criteri, contenuti e momenti di verifica tecnica dei vari livelli di progettazione²⁸. Per contratti fino a un milione di euro, la verifica deve

²⁷ Articolo 31 comma 9

²⁸ Art.23 comma 9

avere luogo prima dell'inizio delle procedure di affidamento e in contraddittorio con il progettista.

Le verifiche accertano in particolare²⁹:

- La completezza della progettazione
- La coerenza e completezza del quadro economico in tutti i suoi aspetti
- L'applicabilità della soluzione progettuale prescelta
- I presupposti per la durabilità dell'opera nel tempo
- La minimizzazione dei rischi di introduzione di varianti e di contenzioso
- La possibilità di ultimazione dell'opera entro i termini previsti
- La sicurezza delle maestranze e degli utilizzatori
- L'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati
- La manutenibilità delle opere, ove richiesta

Al fine di assicurare un effettivo controllo sull'esecuzione dei contratti, il comma 12 introduce una disciplina del tutto nuova nell'ordinamento in materia di controlli del RUP sui luoghi dell'esecuzione del contratto. Sono previsti, infatti, accessi diretti del RUP, nonché verifiche, anche a sorpresa, sull'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative, alle prescrizioni in materia ambientale, paesaggistica, storico-architettonica, archeologica e di tutela della salute umana impartite dagli enti e dagli organismi competenti.

L'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture è diretta dal responsabile unico del procedimento, che controlla i livelli di qualità delle prestazioni e accerta il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni ad ognuna effettuate, avvalendosi anche della collaborazione del direttore dei lavori, direttore dell'esecuzione del contratto di servizi e forniture e del coordinatore in materia di salute e di sicurezza. Il RUP autorizza il direttore dei lavori alla consegna dei lavori e si accerta dell'effettivo inizio, del rispetto di ogni altro termine di svolgimento delle operazioni. Può anche stabilire eventuali penali per il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali.

In fase di esecuzione del contratto il RUP svolge importanti compiti di autorizzazione e comunicazione in caso sia intervenute varianti ai contratti in corso. Queste infatti devono essere autorizzate con le modalità previste dall'ordinamento della stazione

²⁹ Art.26 comma 4

appaltante³⁰. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento se le modifiche sono state già previste nei documenti di gara iniziale. In questa fase il RUP svolge le seguenti attività:

- Redige un relazione relativa alla varianti in corso d'opera, in cui sono riportate le ragioni che hanno reso necessarie le varianti
- Quantifica, sentito il progettista, le operazioni previste dalla perizia tecnica redatta dall'esecutore per proporre variazioni migliorative che comportino una diminuzione dell'importo originario dei lavori e, in caso positivo, procede alla stipula di un apposito atto aggiuntivo
- Approva i nuovi prezzi determinati insieme al direttore dei lavori e all'esecutore, per lavori o materiali non previsti dal contratto.

Per gli appalti e le concessioni che sono di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture sono comunicate dal RUP all'osservatorio, entro 30 giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante. Per i contratti pubblici, invece, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10% dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture strategiche, sono trasmesse del RUP all'ANAC come previsto dall'art.106 comma 14 del nuovo Codice.

Il RUP può disporre anche la sospensione dei lavori in caso di necessità o di pubblico interesse. Se la durata della sospensione è rilevante, superiore al 25%, della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità. In caso di opposizione della stazione appaltante, l'esecutore ha diritto al rimborso dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione (articolo 107 comma 2). In ogni caso la sospensione deve essere disposta per il tempo strettamente necessario, solo successivamente il RUP dispone la ripresa dei lavori e indica il nuovo termine contrattuale.

Ulteriore compito del responsabile è quello di attivare il procedimento di accordo bonario per la risoluzione delle riserve iscritte. Questo procedimento riguarda tutte le riserve iscritte fino al momento dell'avvio della procedura stessa, nell'ambito di un

³⁰ Art.106 comma 1

limite massimo complessivo del 15% dell'importo del contratto. Prima del certificato di verifica di conformità, qualunque sia l'ammontare delle riserve, il RUP attiva l'accordo bonario per la risoluzione delle riserve iscritte, avvalendosi eventualmente della figura di un esperto³¹. La proposta di accordo bonario viene trasmessa al dirigente competente della stazione appaltante e al soggetto che ha formulato le riserve e se la proposta è stata accettata dalle parti, entro 45 giorni dal suo ricevimento, l'accordo bonario è concluso e viene redatto verbale sottoscritto dalle parti.

Nella fase finale del procedimento, invece, i contratti pubblici sono soggetti a collaudo se parliamo di lavori e a verifica di conformità se si parla di servizi e forniture. Lo scopo è sicuramente quello di certificare che l'oggetto del contratto in termini di obiettivi, caratteristiche tecniche, economiche e qualitative sia stato realizzato ed completato nel rispetto delle previsioni contrattuali e delle pattuizioni concordate in sede di aggiudicazione o affidamento. In questa fase il RUP si avvale di collaboratori che hanno delle caratteristiche professionali per poter svolgere il lavoro come il collaudatore e il verificatore di conformità. Successivamente al collaudo, se di esito positivo, il RUP rilascia il certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore.

3.3 - LE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE SOPRA LA SOGLIA COMUNITARIA

La ricerca dell'operatore economico, al quale affidare l'esecuzione di lavori o di prestazioni di servizi o forniture, rientra in uno specifico procedimento amministrativo, costituita da una piena rilevanza verso l'esterno e con un predeterminazione di regole e prescrizioni. La piena rilevanza esterna è dovuta al fatto che il procedimento di scelta, in tutte le sue fasi e nei vari atti che si susseguono, è integralmente destinato ad operare nei confronti dei terzi. La predeterminazione a delle regole è fondamentale, in quanto l'agire della Pubblica amministrazione, in questo settore in maniera ancora più evidente, è caratterizzato dall'obbligo del rispetto delle "regole di gara", sia derivanti dall'ordinamento giuridico, sia che queste siano prefissate in modo discrezionale all'Amministrazione appaltante. La scelta del contraente costituisce una di quelle attività, in cui si manifesta in maniera inequivocabile la diversità dei principi di azione

³¹ Art.205 comma 2

fra la Pubblica amministrazione e soggetto privato. Il privato infatti, è completamente libero nella selezione dell'imprenditore, mentre la P.A. è integralmente vincolata nel suo agire da norme. Dunque, la scelta del contraente costituisce un complesso procedimento amministrativo, o più correttamente, un insieme di diversi procedimenti, finalizzati all'individuazione del miglior contraente per la Pubblica amministrazione. Anche nel nuovo codice, infatti, all'articolo 30 comma 8, viene stabilito il principio secondo cui alle procedure di affidamento, e cioè ciò che è ricompreso dall'indizione della gara sino alla stipula del contratto, si applicano per quanto non previsto dal codice, le disposizioni della legge n.241/1990 e le disposizioni del codice civile per la stipula del contratto e la fase di esecuzione.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, contiene disposizioni molto innovative in materia, soprattutto per quello che concerne le singole procedura di scelta del contraente. Accanto alle confermate procedure ordinarie (aperta e ristretta) il legislatore del nuovo Codice amplia i modelli di scelta del contraente (partenariato per l'innovazione) ed introduce anche nuove tipologie di procedure negoziate (procedura negoziata previa consultazione, in sede di contratti sotto soglia, che può essere equiparata alla preesistente negoziata senza bando; procedura competitiva con negoziazione, che pur facendo uno sforzo, può essere equiparata alla precedente negoziata senza bando).

L'ordinamento comunitario ha previsto una serie di soglie, oltrepassati le quali le regole di selezione dell'operatore economico e quindi della migliore offerta, divengono progressivamente più rigorose per garantire l'apertura e la concorrenzialità del mercato. Le nuove soglie comunitarie sono contenute nell'art.35 del d.lgs. n.50/2016 che indica non solo l'ambito di applicabilità del codice ma anche i metodi di calcolo del valore stimato degli appalti³². Le soglie sinteticamente sono:

- Euro 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni
- Euro 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali³³

³² Le soglie infatti si considerano al netto dell'imposta sul valore aggiunto

³³ Allegato III

- Euro 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali
- Euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici. Si tratta di servizi particolari quali i servizi sanitari, di sicurezza sociale, di prestazioni sociali, religiosi, alberghieri e di ristorazione, legali, penitenziari, di pubblica sicurezza, investigativi ecc...

Altre invece sono le soglie applicabili nei settori speciali, con soglie di rilevanza tendenzialmente più elevate. La periodica revisione delle soglie spetta alla Commissione, il cui provvedimento entra in vigore successivamente alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. La normativa nazionale, tuttavia, ha stabilito ulteriori soglie funzionali all'applicazione di particolari discipline di diritto interno (ad esempio il valore di 40.000 euro che rappresenta il limite degli affidamenti diretti nell'ambito del sotto soglia). Il valore stimato dell'appalto deve comunque essere stabilito al momento dell'invio dell'avviso di indizione di gara o bando di gara, se questo non è previsto, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di affidamento.

Tornando alle procedure di scelta del contraente, il vecchio codice prevedeva quali procedure ordinarie, la procedura aperta e ristretta, la scelta poi spettava alla stazione appaltante. Era prevista, tuttavia, una preferenza per la procedura ristretta quando il contratto non aveva ad oggetto la sola esecuzione o quando il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Lo sfortimento del numero dei partecipanti ha una sua ragione d'essere, infatti si cerca di scremare il più possibile il numero dei partecipanti in funzione della complessità dell'opera, per selezionare solo i più idonei. In via del tutto residuale, il d.lgs. N.263/2006, prevedeva il dialogo competitivo e la procedura negoziata. Il nuovo Codice recepisce in parte la vecchia normativa, prevedendo all'articolo 59 le possibili procedure da esperire: aperte o ristrette (previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione gara), il partenariato per l'innovazione (quando sussistono i presupposti previsti dall'articolo 65), la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo (quando sussistono i presupposti previsti dall'articolo 59 comma 2), la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara (quando sussistono i presupposti previsti dall'articolo 63). Tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi di gara,

tranne nel caso di procedura ristretta o procedura competitiva con negoziazione, per espressa volontà delle amministrazioni aggiudicatrici, in deroga la bando di gara, si può utilizzare un avviso di preinformazione.

Le procedure aperte, storicamente conosciute come pubblici incanti, sono quelle che dal punto di vista strutturale sono le più semplici. L'articolo 60 recepisce l'articolo 27 della direttiva 2014/24/UE, stabilendo che alla pubblicazione del bando segue la presentazione delle offerte esperibili da qualsiasi operatore economico interessato, senza nessuna cernita sui partecipanti alla gara. Trattasi, quindi, di procedure nelle quali, a seguito della pubblicazione del bando, qualsiasi impresa in possesso dei requisiti prescritti può presentare offerta, senza necessità di essere appositamente invitata dalla stazione appaltante. In questo contesto, un elemento basilare e imprescindibile risulta essere la pubblicazione del bando, cioè l'atto con cui la stazione appaltante manifesta all'esterno la propria volontà di affidare un contratto pubblico, rivolgendosi a qualunque operatore interessato ed in possesso dei requisiti di qualificazione necessari alla partecipazione alla procedura selettiva. Il termine minimo per la presentazione delle offerte è di trentacinque giorni decorrenti dalla data di trasmissione del bando di gara. Nel caso in cui, invece, le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione che però non sia stato usato come mezzo di indizione di gara, il termine minimo per la ricezione delle offerte, può essere ridotto a quindici giorni quando l'avviso di preinformazione contenga tutte le prescritte informazioni richieste per il bando di gara, che siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di preinformazione e quando l'avviso sia stato inviato alla pubblicazione da non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara. L'articolo prevede infine, che le amministrazioni aggiudicatrici, per ragioni di urgenza debitamente motivate che non consentano il rispetto dei termini minimi stabiliti, possano fissare un termine non inferiore a quindici giorni.

Altra modalità di scelta del contraente è la procedura ristretta. La licitazione privata nasce come un sistema eccezionale di selezione del contraente, ammesso soltanto in ipotesi tassative previste dagli art.38 e 39 R.D. n.824/192³⁴. In un tale contesto, la

³⁴ Regolamento per la contabilità generale dello Stato

licitazione privata era caratterizzata da un'ampia discrezionalità della stazione appaltante nella scelta delle imprese da invitare a presentare offerta, scelta che risultava insindacabile. Successivamente, questo connotato di eccezionalità veniva superato, infatti con la c.d. Merloni bis³⁵, l'art.23 della legge n.109/94 prevedeva che alle licitazioni private di qualsiasi importo venissero invitati tutti i soggetti che ne avessero fatto richiesta e che fossero in possesso dei requisiti di qualificazione previsti nel bando. In ambito comunitario, invece, la licitazione privata, denominata "procedura ristretta", viene configurata come una procedura cui partecipano solo le imprese scelte dalla stazione appaltante, scelta confermata anche nelle direttive appalti 2004. Il legislatore del Codice dei contratti pubblici, a seguito del secondo decreto correttivo, ha recepito la configurazione della licitazione privata delineata dalla Merloni per i lavori pubblici, disciplinando la procedura ristretta come procedura ordinaria di individuazione dell'affidatario dei contratti pubblici, del tutto equivalente rispetto alla procedura aperta. Le procedure ristrette sono caratterizzate da una procedura che si delinea in quattro fasi:

- pubblicazione del bando;
- presentazione delle candidature (consentita a chiunque ne abbia interesse);
- diramazione degli inviti;
- presentazione delle offerte consentita ai solo operatori economici che abbiano ricevuto l'invito.

Tutti gli operatori che ne abbiano interesse, quindi, devono fornire tutte le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice ai fini della selezione qualitativa. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se è utilizzato un avviso di preinformazione come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse. A seguito della valutazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati (e quindi destinatari dell'invito) possono presentare un'offerta. Le stazioni appaltanti hanno la facoltà di circoscrivere il numero dei candidati idonei da invitare ai sensi dell'articolo 91, ciò avviene nei casi di particolare difficoltà o complessità dell'opera, della fornitura o del servizio. Quindi le stazioni appaltanti possono limitare il numero dei candidati che soddisfano i criteri di selezione e che possono essere invitati a presentare un'offerta. Quando si avvalgono di tale facoltà, devono indicare nel bando di gara o nell'invito a

³⁵ Legge n.415/98

confermare interesse (in caso di preinformazione), i criteri oggettivi e non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità, che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare o se lo ritengono opportuno anche il numero massimo. Nelle procedure ristrette il numero minimo di candidati non può essere inferiore a cinque e comunque il numero di candidati invitati deve essere sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza. Tuttavia, se il numero dei candidati che soddisfano i criteri di selezione è inferiore al numero minimo, la stazione appaltante può proseguire la procedura invitando i candidati in possesso delle capacità richieste.

Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trenta giorni dalla data di trasmissione dell'invito alla presentazione dell'offerta. se per motivi di urgenza non è possibile rispettare i termini minimi ordinari, l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire: per la ricezione delle domande di partecipazione, un termine non inferiore a quindici giorni dalla data di trasmissione del bando di gara; un termine di ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni a decorrere dalla data dell'invito a presentare offerte.

La procedura competitiva con negoziazione e la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara rientrano tra le procedure cosiddette negoziate. Ai sensi dell'articolo 3 del D.lgs. n.50/2016 le procedure negoziate sono procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Nel vecchio ordinamento precedente al d.lgs. n. 163/06, la trattativa privata (da cui discende la procedura negoziata di stampo comunitario) costituiva un sistema di scelta del contraente del tutto eccezionale, previsto solo per delle ipotesi tassative e sottratto agli obblighi procedurali che contraddistinguono l'evidenza pubblica. In un conteso siffatto, la trattativa privata assumeva una connotazione privatistica per la mancanza di vincoli procedurali con conseguente ampia discrezionalità in capo all'amministrazione appaltante; questa modalità, quindi, veniva spesso usata per porre in essere affidamenti diretti di contratti pubblici scavalcando tutto l'iter procedimentale. Il Legislatore nazionale, nel corso del tempo, anche sulla scia delle direttive comunitarie dei anni ottanta e novanta in materia di servizi e forniture³⁶, nonché sulla spinta della giurisprudenza e della prassi, ha avviato un processo di ammodernamento della

³⁶ Recepite nell'ordinamento italiano con i decreti legislativi n.157/1995 e 358/1992

trattativa privata finalizzato a procedimentalizzare l'istituto con l'art.78 D.P.R. n.554/99³⁷. A livello comunitario, la procedimentalizzazione era ancora più marcata, prevedendo che la trattativa privata potesse essere preceduta o meno dalla pubblicazione di un bando, ferme ipotesi tassative per utilizzare tale procedura. Prima ancora del d.lgs. 50/2016, con il d.lgs. n.163/06 è stata rafforzata questa impostazione, abbandonando anche la vecchia espressione "trattativa privata" ed adottando la nozione comunitaria di "procedura negoziata". Le negoziate sono delle procedure che tendenzialmente si svolgono in due fasi, nella quali la prima fase è diretta all'individuazione degli operatori economici da invitare a presentare offerta, mentre la seconda fase si sviluppa nella negoziazione che sarà avviata con uno o più concorrenti secondo quanto previsto nel bando o nell'invito.

La procedura competitiva con negoziazione sostituisce la procedura negoziata previa pubblicazione del bando prevista nella vecchia disciplina. Questo tipo di procedura ha natura di procedura ristretta in quanto vi è una selezione qualitativa degli invitati sulla base di un bando, in cui l'amministrazione aggiudicatrice stabilisce l'oggetto dell'appalto, individuando esclusivamente le proprie esigenze e le caratteristiche richieste e specificando i criteri di aggiudicazione, nonché i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare. È una procedura che si articola in varie fasi distinte:

- Pubblicazione dell'avviso di indizione della gara
- Presentazione della domanda di partecipazione da parte di qualsiasi operatore economico interessato
- Diramazione degli inviti
- Presentazione delle offerte

In maniera differente rispetto alla procedura ristretta, le amministrazioni aggiudicatrici negoziano con gli offerenti le offerte iniziali e tutte le offerte successive dei medesimi presentati nel corso della negoziazione. La norma prevede che nelle procedure competitive con negoziazione qualsiasi operatore economico possa presentare un domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente le prescritte informazioni. Comprensibilmente nei documenti di gara devono essere descritti: l'oggetto dell'appalto, le esigenze del committente, le caratteristiche che si richiedono per la prestazione, i criteri di aggiudicazione, tutti gli elementi che individuano i requisiti minimi che gli offerenti devono soddisfare. Queste informazioni

³⁷ Regolamento di attuazione della legge n.109/94

devono essere dettagliate, infatti, la loro completezza è funzionale agli operatori per decidere se partecipare o meno alla procedura.

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se è utilizzato come mezzo di indizione di una gara un avviso di preinformazione, dalla data dell'invito a confermare interesse. Il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di trenta giorni dalla data di trasmissione dell'invito. Solo gli operatori economici che sono stati invitati dall'amministrazione aggiudicatrice, successivamente alla valutazione delle informazioni iniziali fornite, possono presentare un'offerta iniziale che costituisce la base per la successive (eventuali) negoziazioni (le amministrazioni possono limitare il numero dei candidati da invitare a partecipare ai sensi dell'articolo 91). Esse possono riguardare (previa specificazione nel bando) unicamente l'offerta iniziale (che diviene così definitiva) oppure altre offerte a seguire, dato che la procedura può svolgersi per successive fasi tese a ridurre il numero dei partecipanti. Finalità delle fasi successive di negoziazione è quella di migliorare le offerte in modo da permettere alle amministrazioni di acquisire lavori, forniture e servizi adeguati alle esigenze specifiche. Le negoziazioni possono riguardare tutte le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi (qualità, clausole commerciali, aspetti sociali e ambientali). Risulta evidente, tuttavia, che si impone il divieto generale per le amministrazioni di negoziare i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione. Questi devono mantenersi inalterati nel corso della procedura, rappresentando il nucleo imm modificabile delle esigenze dell'amministrazione nel perseguire un interesse pubblico all'affidamento. In entrambe le ipotesi (negoziazione sull'offerta iniziale o possibilità di altre offerte a seguire) è chiaro come la stazione appaltante debba indicare quale opzione intende perseguire rispettivamente nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse o in altro documento di gara.

Le amministrazioni aggiudicatrici che intendano concludere le negoziazioni, devono informare gli altri offerenti stabilendo un termine massimo entro il quale possono essere presentate offerte nuove o modificate (le offerte finali non sono suscettibili di negoziazione).

Nel corso delle negoziazioni le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti, a tal fine non forniscono informazioni che possano in qualche modo avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. Le amministrazioni informano anche tutti gli offerenti che non sono stati esclusi, delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i

requisiti minimi, stabilendo anche un termine agli offerenti per poter ripresentare o modificare le offerte. La fase finale del procedimento è l'aggiudicazione sulla base della valutazione delle offerte finali secondo i criteri di cui all'art. 95 e seguenti.

Il ricorso all'istituto è consentito nelle ipotesi previste dall'articolo 59 comma 2:

- Per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi in presenza di una o più delle seguenti condizioni:
 1. Le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguite con l'appalto con possono essere soddisfatta senza adottare soluzioni immediatamente disponibili;
 2. Implicano progettazione o soluzioni innovative
 3. L'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi
 4. Le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma o una valutazione tecnica europea
- Per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito ad una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili. In queste situazioni, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara se includono nella ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli art. 80 e 90 che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

Altro esempio di procedura negoziata per i settori ordinari è costituita dalla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando (articolo 63). Questo articolo recepisce l'articolo 32 della direttiva 2014/24 e prevede che nei casi previsti dal medesimo articolo, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, motivando adeguatamente la decisione. Si tratta di una procedura che deroga al normale principio di concorrenzialità che domina la materia degli appalti pubblici, per questo motivo, i casi in cui è legislativamente consentita sono tassativi e da interpretarsi in maniera restrittiva, con onere dell'amministrazione di motivare espressamente la

sussistenza dei presupposti giustificativi³⁸. Proprio per la possibile distorsione del gioco della concorrenza, l'obbligo di motivazione era già evidenziato nella dottrina e nella giurisprudenza consolidatesi nell'ordinamento precedente. Proprio per tale motivo, per ridurre la discrezionalità delle stazioni appaltanti, si prevede che *“le amministrazioni individuino gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei”*³⁹. L'aggiudicazione deve essere attribuita all'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose (ai sensi dell'articolo 95), previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

- Il ricorso alla procedura è consentito solo nelle seguenti ipotesi:
 - a) Qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata (esempio se non presenta nessuna pertinenza con l'appalto, quindi è manifestamente inadeguata), né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché si trasmetta una relazione alla Commissione europea, su sua richiesta.

Anche in questi casi quindi, nella negoziazione non possono essere modificate le condizioni iniziali del contratto, quali il prezzo, il criterio di aggiudicazione, l'oggetto della prestazione da affidare.

- b) Quando i lavori le forniture e i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico quando: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale

La procedura negoziata senza bando per l'affidamento di lavori, servizi e forniture è consentita quando sussistono motivi di natura tecnica, artistica o relativi alla tutela dei diritti esclusivi, in base ai quali il contratto può essere affidato esclusivamente ad un

³⁸ Corte di Giustizia CE, 8 aprile 2008, n.337

³⁹ Art. 63 comma 6

soggetto determinato, che sia l'unico in grado di fornire o realizzare l'oggetto dell'appalto. Le eccezioni presentate al punto 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto. Secondo la giurisprudenza formatasi su tali disposizioni, la fattispecie dell'"operatore economico determinato" non può essere invocata quando il soggetto aggiudicatore si limita ad affermare che l'attività dell'aggiudicataria non risulti esercitata da altre imprese, senza però compiere alcuna preventiva indagine di mercato⁴⁰. Secondo il Consiglio di Stato, le ragioni tecniche possono afferire, oltre che a condizioni soggettive del contraente privato, anche a condizioni oggettive, cioè estrinseche alla struttura dell'organizzazione imprenditoriale. Occorre, tuttavia, che tali condizioni si fondino su presupposti obiettivi e oggettivamente identificabili e che si tratti di ragioni veramente tecniche e non di altro genere, quali potrebbero essere ragioni di mera convenienza economica. Il Giudice amministrativo ha evidenziato più volte come la motivazione circa la necessità della procedura negoziata con un unico imprenditore debba essere molto rigorosa. Non è infatti possibile affermare che un insieme di lavori è complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente essere affidato ad un solo imprenditore, come non basta affermare che il lavoro o il servizio o la fornitura abbiano caratteristiche tecniche particolari. Occorre invece dimostrare, che un determinato soggetto sia l'unico imprenditore nella comunità a disporre delle competenze idonee per eseguire la prestazione. Il ricorso a questa procedura quindi deve caratterizzarsi con l'individuazione di soggetti talmente particolari, da farli apparire come altamente specializzati, sia per strumenti tecnologici di cui dispone, sia per il prodotto o servizio offerto. È stato, ad esempio, ritenuto legittimo l'affidamento a procedura negoziata ad operatore determinato, del servizio di creazione di una rete intranet con tecnologia ip tra le postazioni telefoniche di una struttura ospedaliera, sulla considerazione che questo tipo di attività necessita, in capo all'appaltatore, richieda qualificatissime ed elevate referenze ed esperienza nel settore.

- c) Nella misura strettamente necessari quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze

⁴⁰ Cfr. Corte dei Conti, Sez. contr., 20 gennaio 1992, n.5

invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

In particolare, secondo l'elaborazione giurisprudenziale, deve trattarsi di un'urgenza qualificata ed improvvisa, deve ricorrere una obiettiva ed imprevedibile impossibilità di acquisire la prestazione da altri operatori, e l'urgenza non deve essere addebitabile ad inerzia dell'amministrazione.

- nel caso di appalti pubblici di forniture, la procedura è consentita nei seguenti casi:
 - a) qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo
 - b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi, l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni
 - c) per forniture quotata ad acquistare sul mercato delle materie prime
 - d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure degli organi delle procedure concorsuali.

La procedura può essere utilizzata per nuovo lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto secondo una procedura di cui all'articolo 59⁴¹. Per concludere sulla procedura basta ricordare che le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecnica e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici (ove possibile).

⁴¹ Articolo 63 comma 5

L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

L'articolo 64 recepisce il dettato normativo di cui all'articolo 30 della direttiva 2014/24/UE e 48 della direttiva 2014/25/UE soffermandosi sul dialogo competitivo. Il ricorso al dialogo competitivo è consentito nelle ipotesi dell'articolo 59 comma 2⁴². Tale istituto si distingue per il ruolo che viene attribuito ai privati, con i quali l'amministrazione avvia un dialogo di natura tecnica volto ad individuare la soluzione più adeguata a soddisfare le esigenze della stazione appaltante, superando le oggettive e non imputabili carenze informative del soggetto aggiudicatore, connesse alla realizzazione di opere di particolare complessità. La caratteristica principale di tale procedura consiste nel coinvolgimento delle imprese in settori caratterizzati da una particolare complessità, rispetto ai quali le amministrazioni non sono in grado di formulare con precisione, al momento della pubblicazione del bando, i termini dell'appalto, né posseggono le necessarie conoscenze per individuare le soluzioni tecnico-finanziarie che il mercato è potenzialmente in grado di offrire. È attribuito a tale procedura un carattere del tutto eccezionale e residuale, dal momento che la regola generale è che l'amministrazione dovrebbe essere sempre in grado di valutare la modalità più adeguata a realizzare il pubblico interesse da porre a base dell'appalto, procedendo allo studio di fattibilità ed eventualmente alle successive fasi di progettazione.

Nel dialogo competitivo qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare in risposta a un bando di gara o ad un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa⁴³. La stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i

⁴² 1)le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili; 2)implicano progettazione o soluzioni innovative; 3) l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi ad esso connessi; 4)le specifiche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice; 5)in esito ad una procedura ristretta o aperta sono state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili

⁴³ Articolo 64, co.4

candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte. Il provvedimento con le quali le stazioni appaltanti decidono di ricorrere al dialogo competitivo deve contenere una specifica motivazione in ordine alla sussistenza dei predetti requisiti; ciò costituisce un significativo strumento di controllo in ordine alla legittimità e razionalità delle scelte dell'amministrazione. La struttura per riassumere si divide nei seguenti segmenti procedurali:

- pubblicazione del bando
- presentazione delle candidature (consentita a chiunque ne abbia interesse)
- diramazione degli inviti
- partecipazione al dialogo consentita ai solo operatori economici che abbiano ricevuto l'invito

Come più volte fatto presente, ogni operatore può chiedere di partecipare in risposta ad un bando di gara (fornendo tutte le informazioni richieste dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa) inoltrando la propria domanda di partecipazione. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara⁴⁴. Successivamente la stazione appaltante procede alla selezione dei candidati sulla base dei predetti requisiti che, in questa fase, in assenza di documentazione progettuale di riferimento, devono ritenersi commisurati agli obiettivi che l'amministrazione si propone di realizzare e di cui, inizialmente, essa non può che avere una visione frammentata. Soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti in seguito alla valutazione delle informazioni fornite possono partecipare al dialogo. terminate le operazioni di selezione dei candidati, l'amministrazione avvia con gli stessi un "dialogo" che si può svolgere anche in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo applicando i criteri di aggiudicazione stabiliti nel bando di gara, finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. In questa fase di dialogo le stazioni appaltanti possono discutere con i partecipanti selezionati tutti gli aspetti dell'appalto, garantendo comunque la parità di trattamento di tutti i partecipanti. A tal fine, non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati partecipanti rispetto ad altri. Durante il dialogo non possono essere rivelate agli altri partecipanti le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente partecipante alla procedura, senza previo

⁴⁴ Articolo 64, co.3

il consenso di quest'ultimo. Questa procedura perciò ha luogo, di regola, non in forma collettiva, bensì individuale e riservata. Il dialogo prosegue finché la stazione non è in grado di individuare la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità⁴⁵.

Dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informato i partecipanti rimanenti, le stazioni appaltanti invitano ciascuno a presentare, in base alla soluzione presentata e specificata nella fase del dialogo, le offerte finali che contengono tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto. Su richiesta della stazione appaltante le offerte possono essere chiarite, precisate e perfezionate. Tuttavia le precisazioni, i chiarimenti, i perfezionamenti o i completamenti delle informazioni non possono avere l'effetto di modificare gli aspetti essenziali dell'offerta dell'appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, qualora le variazioni rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio⁴⁶. La fase del dialogo può anche concludersi infruttuosamente, ovvero senza che venga individuata una soluzione effettivamente rispondente alle necessità indicate dall'amministrazione. Ai concorrenti in questo caso, non spetta nessuna forma di indennizzo o risarcimento, fatta salva l'ipotesi in cui il bando abbia previsto premi od incentivi per la partecipazione alla procedura stessa.

L'appalto è aggiudicato unicamente sulla base del criterio dell'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo previsto dall'articolo 95.

Il partenariato per l'innovazione, a differenza delle precedenti procedure, è un metodo innovativo della P.A. attuativo di uno dei principi cardine della Strategia Europea 2020 "ricerca e innovazione". È una nuova procedura, non prevista nel decreto legislativo n.163 del 2006, che prevedeva che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possano farvi ricorso per sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi non presenti sul mercato e a condizione che essi corrispondano a livelli di prestazione e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e partecipanti. La sussistenza dei presupposti legittimanti l'utilizzo del partenariato deve constare da adeguata motivazione. Nei documenti di gara devono essere fissati i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare, in modo sufficientemente preciso da permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e

⁴⁵ Art.64, co.9

⁴⁶ Art.4, co.10

decidere se partecipare alla procedura. Anche nel partenariato, qualsiasi operatore economico può formulare una domanda di partecipazione in risposta a un bando di gara o ad un avviso di indizione di gara, presentando le informazioni richieste dalla stazione appaltante. Soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori in seguito alla valutazione delle informazioni fornite possono partecipare alla procedura (le amministrazioni possono limitare il numero dei candidati idonei da invitare alla procedura, art 91). Circa la selezione dei candidati, le amministrazioni applicano criteri di selezione relativi alla capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo e nella messa a punto e attuazione di soluzioni innovative. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 30 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Le amministrazioni, possono decidere di instaurare un partenariato con un solo partner o con più operatori che svolgeranno separatamente le proprie attività di ricerca e sviluppo.

Gli appalti sono aggiudicati unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, al fine di ottenere il prodotto finale innovativo che corrisponda meglio alle proprie esigenze.

È data comunque la possibilità, alle amministrazioni aggiudicatrici, la facoltà di negoziare le offerte iniziali e tutte le offerte successive presentate dagli operatori interessati, tranne le offerte finali, per migliorarne il contenuto nel partenariato. In maniera del tutto ovvia, i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione non sono soggetti a negoziazioni. La procedura è inoltre strutturata per fasi successive, secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e innovazione, che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori. Sono fissati degli obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e si prevede il pagamento della remunerazione mediante congrue rate. In base agli obiettivi raggiunti, infatti, l'amministrazione aggiudicatrice può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o nel caso della presenza di più operatori, di ridurre il numero degli operatori risolvendo singoli contratti, a condizione che questa possibilità sia prevista nei documenti di gara e le condizioni per avvalersene. Si stabilisce, inoltre che, nel corso delle negoziazioni le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti e non forniscano le informazioni in maniera discriminatoria, in modo da avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. Né possono essere rivelate agli altri partecipanti le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente partecipante alla procedura,

senza il consenso di quest'ultimo. Nei documenti di gara si definisce anche il regime applicabile ai diritti di proprietà intellettuale. La struttura del partenariato e, in particolare, la durata e il valore delle varie fasi, devono riflettere il grado di innovazione della soluzione proposta e la sequenza di attività di ricerca e di innovazione necessarie per lo sviluppo di una soluzione innovativa non ancora disponibile sul mercato.

3.4 - I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

I criteri di aggiudicazione sono gli strumenti valutativi, mediante i quali, la stazione appaltante effettua la selezione della migliore offerta presentata nella gara. Il vecchio Codice prevedeva due criteri di selezione della migliore offerta: il criterio del prezzo più basso o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁴⁷. Si trattava di due meccanismi tassativi, non erano infatti consentiti sistemi misti o ibridi dell'uno con l'altro. Nell'ottica della vecchia impostazione, competeva alle stazioni appaltanti la facoltà di scegliere il criterio più adeguato in relazione alle caratteristiche del contratto, con l'unico vincolo di valutazione dell'offerta a una commissione giudicatrice quando si trattava di applicare il criterio di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

con il criterio del prezzo più basso, la valutazione delle offerte era effettuata sulla base del solo prezzo con un raffronto comparativo. Il criterio, invece, dell'offerta economicamente più vantaggiosa si basa su una serie di parametri, quali ad esempio, la qualità, le caratteristiche estetiche funzionali, il merito tecnico, il servizio successivo alla vendita, il prezzo, il termine di esecuzione. È comprensibile come un criterio del primo tipo sia funzionale a forniture o servizi dove non risultano importanti gli aspetti qualitativi (o almeno come fattore di differenziazione) e per i quali il solo aspetto economico risulta fondamentale. Il secondo criterio invece si focalizza maggiormente su aspetti qualitativi lasciando margine alla discrezionalità a differenza del primo che è più oggettivo. Poiché l'uso di una maggiore discrezionalità importa un onere di motivazione, l'amministrazione nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sarà obbligata ad esplicitare, per ognuno dei parametri indicati, la ragione del risultato della valutazione. In tal senso, può essere utile tradurre i risultati ottenuti in coefficienti numerici, ciò per attribuire un peso e quindi una preferenza a ciascun criterio (ad esempio una classica divisione è quella tra prezzo e qualità). Il codice

⁴⁷ Art. 81 D.lgs. n.163/2006

abrogato si fondava infatti su criteri e sottocriteri di aggiudicazione sin dal bando di gara, che infatti doveva specificare i punteggi e i sub punteggi, con esplicitazione dei relativi pesi ponderali. In tal modo si cercava di escludere quanto più possibile qualunque potere discrezionale dell'amministrazione⁴⁸.

Il D.lgs. n.50 del 2016 disciplina nel dettaglio i criteri di aggiudicazione dagli articoli 94 a 97. In linea con la vecchia disciplina, il nuovo codice individua nell'offerta economicamente più vantaggiosa il criterio di scelta preferenziale per le offerte⁴⁹. L'articolo 95 precisa che i criteri sono finalizzati a garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e devono essere accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Sulla stessa linea del codice abrogato il nuovo stabilisce che i criteri di selezione delle offerte devono essere fissati sin dalla determinazione a contrarre. Al fine di rispettare i principi generali relativi alla trasparenza e parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione devono essere proporzionati all'oggetto dell'appalto.

La previsione forse più importante dell'articolo 95 è prevista al comma 2, nel quale si prevede come criterio generale di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento del prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita. La nuova formulazione attribuisce all'offerta economicamente più vantaggiosa un significato profondamente diverso e più ampio, prevedendo criteri ulteriori rispetto al rapporto qualità/prezzo come il prezzo più basso e del costo. Il criterio del minor prezzo può però essere utilizzato solo in ipotesi specifiche come precisato al comma 4 e solo a carattere facoltativo con adeguata motivazione delle stazioni appaltanti:

- per i lavori di importo pari o inferiore a un milione di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo
- per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato

⁴⁸ Il regolamento applicativo D.P.R. n.207/2010 recava l'indicazione dei metodi scientifici per la valutazione dell'elemento qualitativo: allegato P per gli affidamenti di servizi e forniture; allegato G per l'affidamento di lavoro; allegato M per i servizi di architettura e ingegneria.

⁴⁹ Per maggiore dettaglio di una disciplina di natura eterogenea si può consultare "linee guida in materia di offerta economicamente più vantaggiosa" adottate da ANAC.

- per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo

la forte ostruzione all'uso di questo criterio, come si desume dalle norme, appare funzionale al contrasto della corruzione e al miglioramento qualitativo delle prestazioni contrattuali. Non raramente infatti il criterio del minor prezzo ha portato ad aggiudicazioni insostenibili sotto il profilo economico e alla conseguenziale paralisi delle opere, o comunque, a prestazioni scadenti in termini qualitativi. Da puntualizzare però è il fatto che il criterio del massimo ribasso non è inconciliabile e pregiudizievole a priori per il profilo qualitativo; spesso le criticità derivanti dal suo utilizzo sono riconducibili a progettazioni superficiali, generiche o comunque carenti che lasciano margini troppo ampi all'operatore economico aggiudicatario mediante successive varianti rispetto al progetto originario. Risulta importante sottolineare che nulla impedisce alla stazione appaltante di stabilire delle caratteristiche qualitative dell'oggetto del contratto da affidare per poi condurre la competizione sul piano del maggior ribasso.

3.4.1 - OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA INDIVIDUATA SULLA BASE DEL MIGLIOR RAPPORTO QUALITA' PREZZO

Come più volte ribadito il nuovo codice attribuisce una netta preferenza al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Questa ha due diverse declinazioni all'interno dell'articolo 95: una risiede nel migliore rapporto qualità prezzo; la seconda si basa sul criterio del prezzo o del costo. L'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del migliore rapporto qualità/prezzo è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto come prescritto dal comma 6. In linea generale l'offerta è composta da elementi di natura quantitativa (es: il prezzo, il rendimento, il tempo di esecuzione, la durata della concessione ecc.), da elementi riferiti all'assenza o alla presenza di una determinata caratteristica (es: possesso di una certificazione di qualità, del rating di legalità ecc) e da elementi di natura qualitativa. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare tutti gli elementi indicati dalla norma, ad esempio:

- la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità. Progettazione adeguata per tutti gli

utenti, certificazioni e attestazione in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera e del prodotto, caratteristiche innovative

- il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto
- il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione
- la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n.2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013
- L'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto
- il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica
- le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione.

Requisiti di natura soggettivi nella valutazione delle offerte possono essere introdotti quando questi permettono di valutare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o per premiare il concorrente che presenta determinati requisiti ritenuti particolarmente meritevoli come nell'elenco del comma 6 visto sopra. Per quanto concerne l'elemento relativo al costo, il comma 7 dell'articolo 95 precisa che esso può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi. La nuova disciplina contiene un aspetto innovativo: a differenza del sistema abrogato in cui non era possibile assegnare al prezzo un punteggio particolarmente basso o nullo, o prevedere una metodologia di calcolo che in qualche modo azzerasse di fatto la componente prezzo, con la nuova disciplina questa possibilità è contemplata e cioè è possibile competere esclusivamente sulla qualità.

Altro elemento di novità è la possibilità per le stazioni appaltanti di inserire nella valutazione dell'offerta criteri premiali legati al rating di legalità, all'impatto sulla sicurezza e salute dei lavoratori, a quello sull'ambiente e per agevolare la partecipazione delle microimprese e delle piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione.

Il rating di legalità⁵⁰ è rilasciato dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e può essere richiesto esclusivamente da imprese italiane, iscritte al registro delle imprese da almeno due anni e con un fatturato minimo pari ad almeno due milioni di euro. L'ANAC ha evidenziato l'opportunità che, per l'utilizzo del rating vengano introdotte compensazioni per evitare di penalizzare imprese estere e /o di nuova costituzione. Poiché l'elenco delle imprese che hanno un rating di legalità è pubblico, è opportuno limitare l'utilizzo di tale criterio nei casi in cui la stazione appaltante scelga direttamente gli operatori economici da invitare. L'articolo 95 pone ulteriori disposizioni che trovano applicazione nei casi di adozione del miglior prezzo:

- le stazioni appaltanti possono autorizzare o imporre la presentazione di varianti da parte degli offerenti a condizione che esse ne abbiano fatta espressa menzione nel bando o altro documento di gara; in mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate e sono collegate all'oggetto
- le stazioni appaltanti che autorizzano le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione
- solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione

3.4.2 - L'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA INDIVIDUATA SULLA BASE DELL'ELEMENTO PREZZO O DEL COSTO

L'altra modalità del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa introdotto dall'articolo 95, comma 2, è quello basato sull'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita. Si tratta di un profilo del tutto nuovo rispetto alla comune concezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che ad assumere un significato diverso e più ampio rispetto al passato,

⁵⁰ Introdotto dall'art.5 del D.L. n.1/2012 modificato dal D.L. n.29/2012 e convertito con legge n.62 dello stesso anno

quando tale criterio riguardava esclusivamente criteri incentrati sulla valutazione qualitativa dell'offerta. L'articolo 96 richiamato dalla seguente disposizione, qualifica come costi del ciclo di vita, i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti : 1) costi relativi all'acquisizione; 2) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; 3) costi di manutenzione; 4) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio e i costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, purchè il loro valore monetario possa essere determinato e verificato. Tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici.

Le stazioni appaltanti, quando si avvalgono del criterio del costo, indicano nei documenti di gara i dati che gli offerenti devono fornire e il metodo che la stazione appaltante impiegherà al fine di determinare i costi del ciclo di vita sulla base di tali dati. Per la valutazione dei costi imputati alle esternalità ambientali, il metodo deve essere basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori, accessibile a tutte le parti interessate.

3.5 - LA COMMISSIONE AGGIUDICATRICE

Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto. questa previsione di cui all'articolo 77 è dunque obbligatoria, sia negli appalti sia nelle concessioni, soltanto quando la stazione appaltante abbia adottato quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa declinato sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Rispetto al passato l'articolo introduce un importante elemento di novità, sottraendo la scelta dei commissari di gara alle stazioni appaltanti, in funzione delle esigenze di trasparenza, imparzialità, competenza professionale dei commissari di gara. Tutto ciò va ad arginare i fenomeni di corruzione e d'infiltrazione criminale nella gestione delle gare pubbliche. Secondo il Consiglio di Stato allo schema di decreto legislativo, poiché a norma risponde a finalità di trasparenza e prevenzione e di illeciti penali, la stessa può essere ricondotta sia

all'ordine pubblico che alla tutela della concorrenza e, pertanto, non potrebbe dirsi afferente a profili strettamente organizzativi che rientrerebbero nella competenza legislativa regionale.

Il comma 3 dell'articolo in esame stabilisce che i commissari siano scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso ANAC (di cui all'articolo 78). In ogni caso, i commissari, che devono essere nominati dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non devono aver svolto, né possono svolgere, alcun'altra funzione o incarico nell'ambito della procedura di gara.

La concreta individuazione dei commissari è comunque effettuata mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione. La lista è comunicata dall'ANAC alla stazione appaltante, entro cinque giorni dalla richiesta della stazione appaltante. Il Presidente è invece individuato direttamente dall'amministrazione tra i commissari sorteggiati. Regioni di economicità dell'azione amministrativa hanno indotto il legislatore a facultizzare le stazioni appaltanti alla nomina di componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione. Tale facoltà è prevista nelle sole ipotesi di affidamenti per importi inferiori alle soglie comunitarie di cui all'articolo 35 e per quelli che non presentano particolare complessità.

3.6 - LE OFFERTE ANOMALE

L'articolo 97 del D.lgs.n50/2016 sostituisce tre articoli del previgente codice appalti, nonché l'articolo 121 del relativo regolamento di esecuzione. La norma indica le modalità con cui individuare, valutare ed eventualmente escludere, le offerte sospettate di anomalia. Uno degli elementi di maggiore novità rispetto al passato consiste nel fatto che la disposizione demanda a un sorteggio l'individuazione del criterio da utilizzare ai fini della valutazione dell'anomalia con riferimento agli affidamenti che seguono il metodo del minor prezzo. Quando è stato adottato quale criterio di aggiudicazione il prezzo più basso, la congruità delle offerte è valutata su quelle che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, al fine di non rendere predeterminabile dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia procedendo al sorteggio. Un esempio è la media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10%, arrotondato all'unità superiore,

rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

Quando, invece, il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. L'esclusione automatica delle offerte anomale è consentita solo nell'ipotesi in cui il criterio di aggiudicazione adottato sia quello del prezzo più basso e per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, in tal caso la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica della gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. Detta facoltà non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci. In tutti gli altri casi, prima di procedere all'esclusione la stazione appaltante è tenuta ad instaurare un contraddittorio con l'operatore economico allo scopo di sottoporre l'offerta a verifica di congruità. L'amministrazione assegna all'operatore economico un termine non inferiore a dieci giorni per la presentazione di spiegazioni scritte. Successivamente, la parte fornisce spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico di congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta. Queste spiegazioni possono riguardare l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori, oppure l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente. Sono inammissibili giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. Se le prove fornite dall'operatore economico non giustificano sufficientemente il basso livello dei prezzi o dei costi proposti la stazione appaltante procede all'esclusione. Parimenti è disposta l'esclusione quando il contraddittorio abbia condotto ad accertare che l'anomalia dell'offerta discende dall'inosservanza degli obblighi in materia ambientale, in materia di subappalto, dalla non congruità degli oneri aziendali sulla sicurezza oppure dal fatto che

il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23 comma 14. Ulteriore motivo di esclusione ricorre quando l'anomalia dell'offerta deriva da un aiuto di Stato ricevuto dall'operatore: in tal caso, l'esclusione può essere disposta dopo aver consultato l'offerente se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE.

4 - NUOVA “ORGANIZZAZIONE NORMATIVA”: TRE DIFFERENTI TIPOLOGIE DI ATTI ATTUATIVI DEL CODICE

Nell’ampio panorama delle problematiche concernenti le autorità amministrative indipendenti, come l’ANAC, quella relativa alla potestà normativa delle medesime ruota intorno alla collocazione di tale potere normativo all’interno del sistema delle fonti.

L’attività di regolazione di ciascuna Autorità si esprime in un’ampia e variegata tipologia di poteri amministrativi (ablatori, autorizzatori, sanzionatori, ecc.) anche normativi. Il riconoscimento della natura normativa dei rispettivi atti comporta il riconoscimento anche di un regime differenziato dei medesimi rispetto agli altri atti ascrivibili alla funzione amministrativa (es. il ricorso in Cassazione). Al tempo stesso però sia la dottrina che la giurisprudenza concordano nel riconoscere che i regolamenti delle autorità amministrative indipendenti restano ascritti alla categoria degli atti amministrativi sia per quanto concerne le modalità dell’adozione dei medesimi (secondo principi e regole dell’azione amministrativa), sia per quanto riguarda il sindacato giurisdizionale.

Il nuovo D.lgs 50/2016 incide pesantemente sull’ordinamento e quindi necessita di provvedimenti attuativi. Il Consiglio di Stato⁵¹ osserva come la rilevanza cruciale della fase attuativa di qualsiasi processo di cambiamento ordinamentale, come quello in questione, non è da sottovalutare. Una riforma, seppur ben costruita, è tale solo quando raggiunge un’effettiva attuazione, che sia un grado di incidere in maniera concreta su cittadini e imprese, migliorando il rapporto con il pubblico potere, semplificando l’esercizio delle attività private, modificando positivamente gli indicatori dell’economia e della qualità della vita.

Rispetto alla redazione del codice, è fondamentale la fase di implementazione e specificazione attuativa. Al contrario di quanto era accaduto in relazione al Dlgs. 163/2006 che aveva avuto un unico regolamento attuativo⁵², la legge n.11/2016 sceglie di non prevedere un unico regolamento generale, ma di optare per un sistema attuativo più snello e flessibile.

Il legislatore della riforma ha optato per un sistema diversificati e più flessibile basato essenzialmente su tre differenti tipologie di atti attuativi:

⁵¹ Parere n.343 del 24 febbraio 2016

⁵² D.P.R. N2017/2010

- quelli adottati con il decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari;
- quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante erga omnes, e in particolare le linee guida;
- quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

Correttamente, il Consiglio di Stato, alla luce di quanto già affermato con il parere del 1 aprile 2016, n.885 reso sul nuovo Codice, si interroga circa la natura giuridica di tali provvedimenti (ministeriali e dell'ANAC) circa le implicazioni sul piano costituzionale, amministrativo-procedimentale, giurisdizionale, nonché la loro collocazione nella gerarchia delle fonti del diritto. Ciò sia per individuare una chiara disciplina sul piano procedimentale e delle garanzie per gli stakeholders, sia per evitare inutili e onerose incertezze applicative che possono derivare anche dal riferimento improprio, operato inizialmente dai primi studiosi, al concetto di soft regulation, estraneo all'ordinamento nazionale e comunque troppo generico, in assenza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale.

Il Consiglio di Stato infatti afferma *“la suddetta operazione interpretativa è necessaria proprio per assicurare al quadro regolatorio, che Ministero e ANAC dovranno comporre sulla base della cornice legislativa in esame, quella necessaria organicità, “razionalizzazione” e “chiarezza” richieste dallo stesso legislatore delegante”*.

A tale scopo, la legge n.11 del 2016 offre utili indicazioni esegetiche che si prestano a una interpretazione in chiave sistematica e ricostruttiva. Da un punto di vista sostanziale, la delega riconduce le linee guida e gli atti in questione al genere degli “atti di indirizzo” e li qualifica come strumenti di regolamentazione flessibile. Da un punto di vista procedimentale, la legge delega non reca alcuna disciplina, né rinvia ad atti-fonte del Ministero o della stessa ANAC.

L'articolo 213 del codice attribuisce all'ANAC i poteri di vigilanza e di controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, al fine di prevenire e contrastare la corruzione. La stessa disposizione riconosce all'ANAC la gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, nonché la gestione della banca dati nazionale dei contratti pubblici e del casellario informatico. Infine, è stabilito il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie da parte della stessa ANAC sia nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti sia nei confronti

degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento. Tale disciplina, è evidente, rafforza sotto diversi punti di vista il ruolo dell'ANAC rispetto alle precedenti norme.

In questo quadro complesso si inserisce l'Adunanza della Commissione speciale del 6 luglio 2016 del Consiglio di Stato che viene chiamato ad esprimere un parere su alcune linee guida proprio dall'ANAC (responsabile unico del procedimento, offerta economicamente più vantaggiosa, servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria), ma che coglie l'occasione per dedicare un capitolo sulle novità e sul nuovo ruolo e importanza della soft law.

4.1 - I DECRETI MINISTERIALI, LE LINEE GUIDA VINCOLANTI E NON VINCOLANTI DELL'ANAC SECONDO IL CONSIGLIO DI STATO

In data 24 giugno 2016 l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato su tre linee guida. Il Consiglio di Stato si è espresso con il parere del 2 agosto del 2016 non limitandosi ad esprimersi solo sulle linee guida, ma esprimendosi anche sul ruolo dell'ANAC⁵³.

La funzione principale dell'Autorità è la prevenzione della corruzione nell'ambito della pubblica amministrazione italiana, nelle società partecipate e controllate dalla pubblica amministrazione, anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione.

Per quanto riguarda i decreti "ministeriali" (es. in tema di requisiti di progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici: art.24, comma 2; e direzione dei lavori:art.11, commi 2 e 3) o "interministeriali" (art.144, comma 5, relativo ai servizi di ristorazione) il Consiglio di Stato ritiene che abbiano una chiara efficacia innovativa nell'ordinamento,

⁵³ Istituzione della Commissione con decreto del Presidente del Consiglio di Stato n.90 del 30 giugno 2016. Presenti all'adunanza del 6 luglio 2016, anche i presidenti aggiunti Luigi Carbone, Marco Lipari, Francesco Caringella, la commissione ha esaminato gli atti e udito i relatori Carlo Deodato, Claudio Contessa, Fabio Franconieri, Vincenzo Lopilato.

che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza delle disposizioni ivi previste. Quindi, anche indipendentemente dal nomen juris fornito dalla delega e dallo stesso codice, tali atti devono qualificarsi quali atti sostanzialmente normativi, dotati dei caratteri della generalità, astrattezza e innovatività, soggetti allo statuto proprio dei regolamenti ministeriali ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n.400⁵⁴.

Ciò comporta una serie di conseguenze importanti:

- forza e valore dell'atto (resistenza all'abrogazione da parte di fonti subordinate, disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale);
- gli atti in esame devono osservare le regole sostanziali poste dal d.lgs. n.50 del 2016 e le regole procedurali prefigurate dall'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n.400 con obbligo di: comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione; adozione previo parere del Consiglio di Stato; visto e registrazione della Corte dei Conti; pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.
- L'articolo 117, sesto comma, Cost., ammette l'adozione di regolamenti statali soltanto in materie di competenza legislativa esclusiva statale. Nelle materie di potestà legislativa concorrente o residuale regionale, la normativa di attuazione spetta alle Regioni, tenuto conto dell'esistenza nelle materia dei contratti pubblici di titoli di competenza di queste ultime.
- Le amministrazioni e gli enti aggiudicatori sono obbligati a osservare il precetto normativo, senza che alle stesse si attribuisce il potere di disattendere il contenuto.

Aspetto di rilevante importanza è che i decreti, essendo privi di immediata lesività per la loro natura sostanzialmente normativa, potranno essere impugnati, normalmente, unitamente al provvedimento della stazione appaltante che ad essi dà attuazione. Il Consiglio di Stato fa anche presente però che non è da escludersi che particolari enti,

⁵⁴ 3. Con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del Ministro o di autorità sottordinate al Ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere. Tali regolamenti, per materie di competenza di più Ministri, possono essere adottati con decreti interministeriali, ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge. I regolamenti ministeriali ed interministeriali non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo. Essi debbono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione.

portatori di interessi diffusi, possano essere legittimati ad una impugnazione immediata senza che sia necessario attendere il provvedimento di svolgimento attuativo⁵⁵.

Discorso diverso deve farsi per le linee guida dell'ANAC. Le linee guida a carattere "vincolante" si prestano a più soluzioni interpretative. Il Consiglio di Stato ritiene preferibile quella che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l'ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un'Autorità amministrativa indipendente, con funzione anche di regolazione.

Pertanto, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e quindi di regolazione, sia pure connotati in modo peculiare.

Questa ricostruzione consente anche di chiarire numerosi problemi interpretativi. Da principio, essa non pregiudica, ma in un certo senso riconferma, gli effetti vincolanti erga omnes di tali atti dell'ANAC, come disposto dalla delega, che parla di strumenti di regolazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante. In secondo luogo, tale assimilazione consente di assicurare anche per questi provvedimenti dell'ANAC tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione già oggi pacificamente vigenti per le Autorità indipendenti, in considerazione della natura non politica, ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del principio di legalità sostanziale con un più forte rispetto di criteri di legalità procedimentale.

Come precisato nel parere del Consiglio, gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzano per il fatto che il principio di legalità assume un valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi. La legge, infatti, in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso.

Nella fattispecie in esame, la legge, invece, ha definito in modo più preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere, lasciando all'Autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello

⁵⁵ Consiglio di Stato, Commissione speciale, 26 giugno 2013, n.3014, si è espresso in ordine alle modalità di impugnazione del d.p.r. n.207 del 2010

di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi.

Il parere puntualizza anche che l'esercizio del potere in esame non rientra nel modello di amministrazione pubblica contemplato dalla costituzione e fondato sulla "concezione governativa", che attribuisce agli organi politici le funzioni di indirizzo politico-amministrativo e agli organi dirigenziali le funzioni gestionali di attuazione. La Costituzione, pur non prevedendo questo modello, non esclude quello fondato sulle Autorità indipendenti, che agiscono con poteri neutrali di attuazione delle legge e non anche degli atti generali di indirizzo politico.

Proprio la natura non regolamentare delle linee guida adottate direttamente dall'ANAC consente, inoltre, che la fase di attuazione delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che rinviano ad esse non incontrino i limiti stabiliti dal 6 comma dell'articolo 117 della Costituzione sul potere regolamentare statale⁵⁶.

L'ANAC, da un punto di vista prettamente espositivo, ha optato per una esposizione discorsiva del contenuto attuativo delle linee guida. Impostazione condivisa dalla Commissione, trattandosi di atti di natura non normativa, ma che si puntualizza devono essere delineati in modo chiaro e preciso per una facile osservazione da parte dei destinatari, che siano pubblici o privati.

La fase di adozione delle linee guida deve essere seguita da un'attenta verifica ex post dell'impatto della regolazione, ai fini di un eventuale adattamento del contenuto delle linee guida alle esigenze emerse nella fase di concreta ed effettiva applicazione.

La natura vincolante delle linee guida non lascia poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori, che sono obbligati a darvi concreta attuazione. La vincolatività dei provvedimenti non necessariamente esaurisce la discrezionalità esecutiva delle amministrazioni. Occorre, quindi, valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso si compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali. Questa natura delle linee guida comporta che le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti.

Per quanto riguarda quelli a carattere "non vincolante", il Consiglio di Stato considera tali atti come atti amministrativi generali, con consequenziale applicazione dello statuto

⁵⁶ Art 117 Cost. "la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle regioni"

del provvedimento amministrativo. Esse perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti. In questa prospettiva, il principio di legalità si atteggia in un modo differente, in quando il d.lgs. n.50 del 2016 si è limitato ad autorizzare, con una previsione generale, l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire "la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche"⁵⁷.

Le implicazione di carattere costituzionale, viste sopra, in ragione della natura non normativa degli atti in questione non cambia in relazione al rispetto del sesto comma dell'art.117 Cost.

La modalità di esposizione anche in questo caso è discorsiva. In questo caso questa modalità di esposizione si giustifica maggiormente visto la natura non vincolante. L'Autorità anche in questo caso, come per le linee guida vincolanti, ha optato per una modalità di adozione preceduta dalla consultazione dei soggetti interessati. Il confronto dialettico con alcuni dei possibili destinatari degli atti di indirizzo deve essere considerato con favore, migliorando la qualità della regolazione stessa e l'efficienza ed efficacia dello stesso svolgimento dei compiti demandati all'ANAC.

Il parere del Consiglio di Stato del 2 agosto 2016 risulta importante per capire il comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti in caso di linee guida non vincolanti. La Commissione speciale rileva che, se le stazioni appaltanti intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche ai fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa.

Rimanendo ferma in ogni caso la valutazione del caso concreto, l'amministrazione potrà non osservare le linee guida, se la fattispecie concreta giustifica una deviazione dell'indirizzo fornito dall'ANAC ovvero se è evidente una eventuale illegittimità delle linee guida nella fase attuativa. Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere equiparata sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari⁵⁸.

⁵⁷ Art 213 d.lgs. n.50 del 2016

⁵⁸ Cfr. sentenza n.237, depositata il 9 gennaio 2009, Cassazione, riprende la pronuncia n.23031 del 9 ottobre 2007

Per concludere, occorre sottolineare, come l'art. 213 del Codice sia stato fin'ora oggetto di osservazioni del Consiglio di Stato, ma anche condizioni delle Commissioni parlamentari, volti a chiarire la natura degli atti dell'ANAC nonché, in generale, degli atti attuativi del codice. In tale ottica, il comma 2 è stato riformulato per meglio chiarire la natura di tali atti. Il sede di approvazione definitiva, inoltre, il Consiglio dei Ministri ha chiarito le tipologie delle linee guida. In sintesi quindi:

- I decreti ministeriali contenenti le linee guida adottate su proposta dell'ANAC, e sottoposti a parere delle commissioni parlamentari, sono veri e propri regolamenti (che seguiranno lo schema procedimentale stabilito dall'articolo 17, legge n.400 del 1988, compreso il parere del Consiglio di Stato), fermo restando il principio, che, al di là del nomen juris prevale in contenuto, e quindi andrà verificato in concreto la natura dell'atto che di volta in volta viene adottato
- Le linee guida "vincolanti" dell'ANAC, non sono regolamenti, bensì atti di regolazione di un'Autorità indipendente e su di esse il Consiglio di Stato darà solo pareri facoltativi. Questi atti devono seguire alcune garanzie procedurali minime: consultazione pubblica, metodi di analisi e verifica di impatto della regolazione, metodologie di qualità della regolazione, compresa la codificazione, adeguata pubblicità e pubblicazione, se del caso parere (facoltativo) del Consiglio di Stato
- I bandi tipo, schemi contrattuali tipo, ecc.. sono atti di natura amministrativa
- Le linee guida non vincolanti dell'ANAC hanno un valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti e operatori economici.

4.2 - IL PARERE SULLE LINEE GUIDA DEL CONSIGLIO DI STATO : IL RUP, OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA, SERVIZI ATTINENTI ALL'ARCHITETTURA E ALL'INGEGNERIA

Con il parere del 2 agosto n.1767 la Commissione speciale del Consiglio di Stato fornisce un primo parere su tre delle quattro linee guida trasmesse volontariamente dall'ANAC alla sua attenzione ed a quella delle commissioni delle Camere. Le tre linee guida esaminate sono quelle relative all'offerta economicamente più vantaggiosa, alla disciplina di dettaglio sui compiti e requisiti del RUP e a quella sui servizi di ingegneria ed architettura. In linea generale, sui tre atti presi in considerazione, la commissione

condivide il tono discorsivo utilizzato nella redazione delle linee guida a patto che si chiarisca cosa è vincolante e che cosa è rimessa ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante.

La richiesta di un parere assume particolare rilievo, in quanto l’Autorità nazionale anticorruzione, pur non essendo in presenza di un atto per il quale è obbligatorio il parere del Consiglio di Stato, ha ritenuto opportuno, in una logica di cooperazione istituzionale, sottoporre al Consiglio gli schemi delle richiamate linee guida. Tale situazione conferma un’evoluzione delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all’articolo 100 della Costituzione, poiché si fa ricorso alla “consulenza giuridico-amministrativa” dell’istituto anche per atti non tipici e sui generis, che non costituiscono un atto normativo in senso proprio.

Questa scelta, rileva il Consiglio, inquadra le funzioni consultive in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo di advisory board delle istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovativo, a quasi settant’anni dalla Costituzione.

La richiesta di parere muove, infatti, proprio dall’iniziativa di un’Autorità indipendente, figura fondamentale nell’ordinamento attuale ma non prevista dalla Costituzione, e si muove in piena coerenza con la giurisprudenza costante di questo Consiglio di Stato che ammette la richiesta di parere da parte di Parlamento, Regioni, Authorities, etc. come esponenti dello Stato-comunità.

Le stesse funzioni consultive, non si rivolgono più solo a singoli atti, ma si pronunciano e sostengono i processi di riforma, accompagnandoli in tutte le loro fasi indipendentemente dalla natura degli atti di attuazione, fornendo sostegno consultivo ai soggetti responsabili dell’attività di implementazione (in questo caso l’ANAC).

Il ricorso alle funzioni consultive è in grado di ridurre gli oneri di comprensione, interpretazione, pratica applicazione, da parte di tutti i destinatari, con particolare riferimento ai cittadini e alle imprese, perseguendo il fine di prevenire il contenzioso. Per concludere su questo aspetto, occorre rilevare, che tutte le problematiche esposte chiamano direttamente in causa la giurisdizione amministrativa, che è chiamata in ultima istanza a risolvere le controversie relative alle singole procedure.

Le linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del Responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni sono emanate ai sensi dell’art 31, comma 5 del nuovo Codice. L’ANAC, con proprio atto, definisce una disciplina di

maggior dettaglio sui compiti specifici del RUP, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto stabilito dal codice, in relazione alla complessità dei lavori, e determini l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto.

L'articolo 31, comma 5, del Codice, non specifica a quale tipologia di linee guida si deve ascrivere tale intervento dell'ANAC. Il Collegio ritiene che questa abbia natura vincolante fatta salva la parte in cui viene fornita "una esegesi dell'art.31 nel suo complesso, sono adottate ai sensi dell'art.213, comma 2, codice, e hanno una funzione di orientamento e moral suasion".

Si tratta, infatti, di disposizioni integrative della fonte primaria, in materia di requisiti di professionalità e di competenze di un organo amministrativo. All'ANAC, si puntualizza, è sempre consentito emanare indicazioni interpretative, utili soprattutto per l'entrata in vigore della nuova disciplina, al fine di prevenire incertezze e contenziosi, e indicare alle stazioni appaltanti le migliori prassi.

Ulteriore questione che viene in considerazione è che l'ambito di attività dell'ANAC risultava ben delineato dalla norma del codice (art.31, comma 5) laddove si è demandato allo strumento delle linee-guida (vincolanti) tre compiti specifici, e precisamente: i) *la definizione di una disciplina di maggior dettaglio sui compiti specifici del RUP*, ii) *la definizione di una disciplina di maggior dettaglio sugli ulteriori requisiti di professionalità richiesti al RUP*, iii) *la determinazione dell'importo massimo e delle tipologie di lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il DEC*.

Si tratta, si legge nel parere, di un numero chiuso di ambiti disciplinari evidentemente inestensibile in via interpretativa o applicativa. Pertanto, pare esulare dall'ambito delle competenze la decisione dell'ANAC di fornire indicazioni anche sul contenuto minimo del provvedimento di nomina (compresa la necessaria indicazione dei poteri di delega conferiti e delle risorse messe a disposizione). Tali indicazioni esulano di certo dal contenuto delle linee guida vincolanti per come delineato dall'articolo 31, comma 5. Considerando anche la forte prescrittività che le caratterizza, tale intromissione potrebbe essere foriera di questioni particolari, al punto da prefigurare possibili forme di invalidità del provvedimento in caso di mancata ottemperanza al relativo contenuto.

La Commissione speciale si esprime invece in maniera negativa per la decisione dell'ANAC di prevedere nelle linee guida che *“il ruolo del RUP è incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice”*⁵⁹.

Il vecchio articolo 84, al comma 4 della previgente disciplina, enunciava *“i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*.

Considerando che per gli enti locali vi è l'articolo 107 del D.lgs. 18 agosto 2000, n.267, che assegna le funzioni dei dirigenti, e che anche nel D.lgs. 30 marzo 2001 n.165, che è la normativa sul pubblico impiego, si afferma che il dirigente presiede le gare di appalto. Quindi, l'affermazione dell'ANAC, sull'incompatibilità del RUP con la figura di commissario o di presidente, secondo il parere in esame, costituisce una interpretazione estremamente restrittiva del comma 4 dell'articolo 84 del previgente codice, in relazione alla quale il Consiglio si era già espresso, preferendo un'interpretazione di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle reintrodotte dalle linee guida in esame⁶⁰.

In sostanza, ANAC non si sarebbe attenuta, in questo caso, agli indirizzi giurisprudenziali ed allo strumento della linea guida non è data prerogativa di “revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali”. Se si condivide la riflessione della commissione speciale, si deve rilevare come un problema del genere vada contestualizzato, in quanto nel sopra soglia, il problema non si pone considerato che la commissione deve essere esterna. Problema che si può porre nel sottosoglia in cui non vi è l'obbligo di procedere con una commissione esterna.

Ulteriore perplessità espressa dalla commissione, ad avvalorare la sua tesi, è sulla competenza del RUP a condurre il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta considerato che questo, appunto, sarebbe incompatibile a far parte della commissione e che solo a questa compete valutare le offerte.

Interessante è anche la precisazione del Collegio sul fatto che spetti proprio al RUP non solo di richiedere all'amministrazione la nomina della commissione di gara ma anche di verificare se ricorrano o meno le condizioni per la nomina di componenti interni o richiedere la lista di commissari all'ANAC.

⁵⁹ Art.77, comma 4 del codice

⁶⁰ Cfr. Consiglio di Stato, v, 1565/2015

Nel sistema previgente c'erano posizioni differenziate su chi fosse competente per l'analisi dell'offerta anomala. Qualcuno riteneva fosse competente il RUP, altri la commissione, altri ancora il RUP e la commissione. Con l'intervento dell'ANAC (non condiviso dal Consiglio di Stato) si stabilisce che l'analisi debba essere fatta dalla commissione e secondo l'articolo 78 i soggetti devono essere selezionati tra gli esperti iscritti nell'albo ANAC (albo non ancora istituito).

Le linee guida, sull'offerta economicamente più vantaggiosa sono emanate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, e cioè nell'ambito di una competenza generale dell'ANAC e vanno qualificate come linee guida non vincolanti. Queste linee guida sono, a bene vedere, delle istruzioni operative indirizzate alle stazioni appaltanti e finalizzate ad offrire alle amministrazioni aggiudicatrici formule e metodi, di natura tecnico matematica, sulla valutazione delle offerte con l'assegnazione di un punteggio numerico.

Una struttura siffatta rispetta la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta dei criteri e dei metodi di analisi delle offerte più coerenti con le specifiche esigenze dell'appalto in questione. Dato che la riforma degli appalti si basa sulla valorizzazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa a scapito del criterio di aggiudicazione secondo il prezzo più basso, secondo il Consiglio di Stato sarebbe stato utile fornire alle amministrazioni delle indicazioni più stringenti. L'ANAC infatti dovrebbe tutelare da eventuali distorsioni della concorrenza o di alterare la par condicio tra gli operatori economici e quindi sarebbe opportuno che guidasse, mediante raccomandazioni (che resterebbero comunque non vincolanti), l'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti.

In base all'articolo 95, le stazioni appaltanti possono scegliere pur sempre di usare il criterio del prezzo più basso negli appalti di lavori di importo inferiore a un milione di euro, nei servizi e nelle forniture con caratteristiche standardizzate e nei servizi e nelle forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie.

Si offre in definitiva alle stazioni appaltanti, nel rispetto della loro discrezionalità riconosciuta dalla legge, i criteri alla cui stregua assumere la scelta sul metodo di aggiudicazione da adottare, precisando, in astratto con formule non vincolanti, per quali tipologie di contratto, tenuto conto di una serie di parametri, se è preferibile il metodo del prezzo più basso o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le linee guida relative all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria sono emanate ai sensi della generale disposizione di cui all'articolo 213, comma 2 del nuovo codice. Queste linee guida sono di carattere non vincolante e nascono dall'esigenza di riordino della materia dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria. La previgente disciplina di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 e nel regolamento di attuazione⁶¹ è stata sostituita da quella più snella ed essenziale del nuovo codice dei contratti pubblici, ma comunque molto frammentaria.

Quindi, la linea guida, interviene a colmare alcune lacune venutesi a creare nel passaggio alla nuova disciplina. In questo contesto, l'atto in questione sfrutta al massimo la flessibilità che contraddistingue ai sensi dell'articolo 213, comma 2 del nuovo codice lo strumento regolatorio. Il Consiglio inoltre ribadisce che non essendo vincolanti, le linee guida si prestano a svolgere la fondamentale funzione di atto di indirizzo generale.

Altro punto fondamentale, di notevole importanza per assicurare la qualità dei servizi di progettazione acquisiti presso il mercato, è la disciplina dei criteri di valutazione delle offerte, nell'ambito della quale l'Autorità, con scelta condivisa dal Consiglio, ha ritenuto di privilegiare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

⁶¹ D.P.R. 5 ottobre 2010, n.207

5 - IL MERCATO COME FONTE DI ISPIRAZIONE NEL MONDO DEGLI APPALTI PUBBLICI

La tematica riguardante la reputazione dei fornitori presenti sul mercato, fortemente innovativa per il nostro paese, risulta essere una tematica di fondamentale importanza nel nuovo Codice. La stessa procedura competitiva con negoziazione, che è una procedura del tutto nuova nel nostro ordinamento, lascia aperti molti spazi. Infatti, il nuovo codice, muovendo anche dalle direttive comunitarie cui è ispirato, spinge sempre di più verso un dialogo sempre più stretto tra le imprese e le Pubbliche Amministrazioni.

Fino all'entrata in vigore del d.lgs. n.50 del 2016 le gare d'appalto erano regolate secondo principi molto tipizzati che molte volte non consentivano di scegliere bene l'operatore economico a cui affidare l'appalto. Basti pensare ad un avviso di indizione gara della P.A. dove un qualsiasi operatore può presentare una domanda di partecipazione.

Nella determina a contrarre di solito si approva il progetto, in genere per i lavori pubblici il progetto esecutivo, quindi non solo gli elementi essenziali del contratto (lo stesso avviene per i servizi dove è necessaria una progettazione). Nella procedura competitiva con negoziazione, invece, vi è una mera descrizione delle esigenze che l'amministrazione vuole soddisfare, senza nessuna progettazione. Questa procedura, infatti, favorisce il dialogo tra P.A. e operatori economici in quelle materie di particolare complessità dove le amministrazioni non possono non informarsi dal mercato. In questo caso, quindi, abbiamo solo dei criteri minimi, cioè le esigenze della P.A.

In siffatto contesto è evidente come lo studio del mercato e un'attenta valutazione degli operatori economici, sia di fondamentale importanza. L'obiettivo finale è quello di comprendere in quale misura un sistema reputazionale può condurre al miglioramento dei prodotti e servizi erogati dopo aver aggiudicato la gara, grazie alla massimizzazione della qualità delle indagini svolte sul mercato e sugli operatori economici.

5.1 - SISTEMI REPUTAZIONALI: LA MISURA DELLA REPUTAZIONE E LA SPESA COMPLESSIVA

La definizione del concetto di reputazione è caratterizzata da una certa ambiguità e vaghezza. La prima problematica è legata all'oggetto della reputazione⁶².

Quando l'impresa viene analizzata nel suo aspetto prettamente economico, la reputazione può essere intesa come "misura della qualità". Una visione che connette il concetto di reputazione con quello di etica negli affari, intesa come quell'insieme di regole, non necessariamente scritte, che segnano i buoni rapporti e le relazioni tra imprese, tra investitori, tra azienda e mercato, tra azienda e P.A. In quest'ottica risulta fondamentale la credibilità dell'impresa, la sua reputazione, un riconoscimento positivo espresso dal mercato, e dunque un aspetto essenziale del marketing e della propria posizione.

La reputazione può essere intesa, tuttavia, anche come "corretta moralità" e quindi come connubio di valori etici e morali. In questo caso non si andrà ad analizzare la qualità produttiva e gestionale dell'azienda finalizzata all'incremento del suo valore, ma si andranno a valutare le capacità aziendali di rapportarsi con interessi più vasti e diffusi rispettando le leggi e il quadro delle regole che sono alla base del rapporto tra imprese e mercato e tra imprese e P.A. Una visione del genere è di grande attualità, ciò deriva dalla sempre maggiore sensibilità ai temi dell'anticorruzione e della trasparenza, soprattutto in materia di appalti.

Una terza definizione di reputazione è quella legata alla "performance di un'azienda rispetto al contratto che gli è stato assegnato". Questa definizione è essenziale nell'ottica degli appalti pubblici, infatti, essa attiene alla qualità dell'esecuzione del lavoro secondo parametri condivisi di efficienza ed efficacia.

La seconda problematica attiene alla misura della reputazione. La sua quantificazione dovrebbe essere affidata ad indicatori oggettivi e misurabili in grado di valutare il comportamento dell'azienda rispetto ad alcune norme date e rispetto al risultato atteso della prestazione.

⁶² Cfr. Iacopo Maria Schettini Gherardini "Reputazione e rischio reputazionale in economia. Un'analisi epistemologica ed una proposta teorica", Università degli studi di Trieste, 2009.

La reputazione è un concetto che interessa l'intera filiera dell'appalto poiché è presente durante tutti i momenti in cui il soggetto economico si relaziona con la stazione appaltante.

L'adozione di sistemi di valutazione delle performance di fornitori, attraverso l'inserimento di meccanismi reputazionali, risulta essenziale per dare alla P.A. la possibilità di misurare la spesa complessiva ed effettiva derivante da una fornitura. Tale spesa non è altro che il risultato del prezzo complessivo (che viene stabilito in fase di aggiudicazione della gara) moltiplicato per i consumi, dove i consumi sono condizionati dal rispetto delle condizioni contrattuali da parte del fornitore

La spesa totale per la stazione appaltante comprende anche i costi della non performance, che sono una componente essenziale del costo totale e che devono essere presi in considerazione per avere una misura esatta della spesa (es. eventuali ritardi nella consegna, errori nella fornitura ecc..).



Da questa esigenza strategica della Pubblica Amministrazione deriva la necessità di gestire in modo corretto il fornitore, non solo per monitorare il singolo contratto dal punto di vista di efficacia ed efficienza, ma soprattutto per impostare un sistema di governance complessivo che nel medio e lungo periodo consenta di selezionare, sulla base di criteri di performance effettiva, gli operatori economici e premiare quelli che raggiungono i risultati migliori.

Superfluo è sottolineare come la gestione dell'operatore economico sia fondamentale nella fase "ante stipula del contratto" ma anche nel "post gara", con una gestione basata su un rapporto collaborativo, che genera nuovo valore e consente di ottenere risultati anche superiori rispetto a quelli previsti.

La misurazione della reputazione rappresenta un primo, ma importante passo, per fornire alle stazioni appaltanti strumenti utili per la gestione degli operatori economici. L'introduzione di meccanismi reputazionali consente di aumentare la produttività degli Enti pubblici e non discrimina necessariamente i nuovi entranti nel mercato.

5.2 - IL RATING DI LEGALITA' : POTENZIAMENTO DELL'IMMAGINE AZIENDALE E TRASPARENZA SUL MERCATO

Il nuovo codice degli appalti e delle concessioni, d.lgs. n.50 18 aprile 2016, entrato in vigore il 19 aprile della stessa data, contiene la previsione del rating di impresa da applicarsi ai fini della qualificazione delle imprese. La possibilità di utilizzare criteri reputazionali ai fini della qualificazione/selezione degli offerenti, nasce dalla consapevolezza di una generalizzata inadeguatezza del sistema di qualificazione a garantire l'affidabilità dell'operatore economico e assicurare la qualità della prestazione finale⁶³.

Nel corso del tempo si è rinnovata anche l'esigenza di contrastare la corruzione che ha continuato a inquinare il settore degli appalti pubblici, il quale è considerato uno dei più esposti al rischio di fenomeni corruttivi. Ciò si deduce anche dal potenziamento del ruolo dell'ANAC, e delle sue funzioni di vigilanza e di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti.

L'articolo 83 del codice infatti prevede l'istituzione presso l'ANAC del sistema del rating d'impresa e delle relative premialità e penalità.

⁶³ Cfr. linee guida del nuovo codice degli appalti, documento di consultazione, criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese.

L'innovativo istituto del rating di impresa⁶⁴ si sovrappone, almeno parzialmente, al previgente istituto del rating di legalità.

L'articolo 5-ter del decreto-legge 1/2012 assegnava all'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie per l'introduzione di principi etici nei comportamenti nelle imprese e di procedere all'elaborazione ed all'attribuzione alle imprese di un rating di legalità. La previsione di un rating siffatto risulta funzionale alla concessione di finanziamenti da parte delle amministrazioni pubbliche, all'accesso al credito bancario e a prevenire infiltrazioni mafiose negli appalti. Si misura, in definitiva, la reputazione del fornitore, intesa come capacità di mettere in campo comportamenti adeguati dal punto di vista etico-morale e non corruttivi.

Oggi il rating di legalità diventa, invece, parametro di cui tener conto in sede di accertamento dei requisiti reputazionali alla base del rating di impresa, come previsto dal comma 10 dell'articolo 83; nonché criterio rilevante ai fini della valutazione dell'offerta in sede di aggiudicazione dell'appalto, ai sensi dell'articolo 95 comma 13.

Il 14 novembre 2012 l'Antitrust (AGCM) ha adottato lo specifico Regolamento di attuazione dell'articolo 5-ter del d.l. 1/2012, mettendo a disposizione delle aziende italiane uno strumento di premialità gratuito, che promuove i comportamenti etici, assegnando alle aziende un giudizio, da 1 a 3 stelle, che può anche migliorare nel tempo.

L'attribuzione del rating viene disposta dall'Antitrust sulla base di dichiarazioni rese dalle imprese, che verranno successivamente verificate mediante dei controlli con i dati in possesso delle pubbliche amministrazioni interessate. Il rating è accessibile solo alle aziende operanti nel territorio nazionale ed iscritte nel registro delle imprese da almeno 2 anni, che abbiano un fatturato minimo di due milioni di euro dell'ultimo esercizio chiuso nell'anno precedente alla richiesta⁶⁵

Requisito indispensabile per il riconoscimento del punteggio minimo, pari ad una stella, è l'assenza, nei due anni precedenti, di pronunce di accertamento di illeciti di varia natura, tanto a carico dell'impresa quanto a carico dei suoi apicali (es non sono stati soggetti di misure di prevenzione e/o cautelari, sentenze/decreti di condanna, sentenze di patteggiamento per reati tributari ecc..).

⁶⁴ Articolo 83, comma 10

⁶⁵ Il regolamento dell'AGCM offre una possibilità di richiedere il rating di legalità anche per le imprese che non raggiungono il fatturato di 2 milioni di euro, purchè facciano parte di un gruppo che nel suo complesso ha raggiunto il fatturato di 2 milioni di euro.

Il punteggio massimo viene identificato con tre stelle laddove l'impresa adotti processi volti alla cooperazione con le Autorità a fini di contrasto della criminalità organizzata e reati affini.

Aspetto importante per l'azienda, al fine di essere maggiormente virtuosa, è dotarsi di sistemi di organizzazione e gestione volti alla prevenzione al proprio interno degli illeciti penali (modelli organizzativi ex D.lgs. 231/2001, modelli di tracciabilità dei pagamenti ecc..).

Il rating di legalità dura due anni dal rilascio, ed è rinnovabile su richiesta; in questo caso l'impresa dovrà inviare all'Autorità, nei 30 giorni precedenti la scadenza, una certificazione sottoscritta dal legale rappresentate, che attesti la permanenza di tutti i requisiti. La richiesta di rinnovo viene valutata dall'AGCM con un procedimento identico previsto per la prima domanda. Esiste la possibilità che il rating venga revocato, in caso di perdita di uno dei requisiti base, sospeso in caso di rinvio a giudizio o di misure cautelari personali o patrimoniali. Se vengono meno i requisiti aggiuntivi, grazie ai quali l'azienda ha ottenuto un rating più elevato, il numero di stelle viene ridotto.

I benefici derivanti dal rating di legalità ricadono sotto quattro categorie principali:

- Il rating aumenta la visibilità dell'azienda sul mercato. L'appartenenza all'elenco pubblicato dall'AGCM può rappresentare, per molti clienti e fornitori, una discriminante nella scelta dei propri partner commerciali perché un'impresa che ha il rating migliora la propria trasparenza e viene riconosciuta sul mercato come un soggetto sano e virtuoso.
- L'AGCM pubblica sull'apposito sito l'elenco delle imprese in possesso del rating e lo tiene costantemente aggiornato; viene così garantita la trasparenza sul mercato, sia la trasparenza all'interno dell'impresa stessa.
- Le Amministrazioni Pubbliche, all'emanazione di un bando o nella concessione di finanziamenti, devono tenere conto delle imprese in possesso del rating di legalità, considerandolo come criterio preferenziale (es. preferenza in graduatoria).
- Gli istituti di credito, sono tenuti a tenere in considerazione le aziende cui è stato concesso il rating di legalità riducendo i tempi e i costi per la concessione del finanziamento.

Si riporta di seguito fac-simile dell'autocertificazione nei suoi aspetti più rilevanti:

(Modulo per autocertificazione e dichiarazioni sostitutive
di atti notori ai sensi del D.P.R. n. 445/2000)

Il prospetto firmato digitalmente dal legale rappresentante della società dovrà essere accompagnato da copia di un documento d'identità personale in corso di validità, seguendo le istruzioni pubblicate sul sito www.agcm.it

Dichiarazione

Il/la sottoscritto/a *(nome, cognome)*

codice fiscale

nato/a a il

residente a in via

consapevole delle sanzioni penali previste dal D.P.R. n. 445/2000, per le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi (art. 76, D.P.R. n. 445/2000);

sotto la propria personale responsabilità,

in qualità di legale rappresentante dell'impresa *(indicare denominazione/ditta)*

CHIEDE

per la suddetta impresa, l'attribuzione del "rating di legalità" a norma dell'articolo 5 *ter*, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dall'art. 1, comma 1-*quiquies*, D.L. 24 marzo 2012, n. 29, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 maggio 2012, n. 62 e del Regolamento di attuazione adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in raccordo con i Ministeri della Giustizia e dell'Interno, con delibera del 14 novembre 2012, come modificato da ultimo con delibera del 13 luglio 2016 (di seguito Regolamento).

A tal fine

DICHIARA

di aver informato i soggetti rilevanti di cui all'art. 2, comma 2, del Regolamento, dell'eventuale trattamento di dati giudiziari anche da parte dell'Autorità nell'ambito del procedimento volto all'attribuzione del rating di legalità

DICHIARA ALTRESI'

SEZIONE B REQUISITI PER L'ATTRIBUZIONE DEL RATING (art.2, commi 2, 3, 4, 5, 6 e 7, del Regolamento)

B1. Dichiarazione per la verifica della deroga di cui all'art. 2, comma 5, del Regolamento

Barrare le caselle rispondenti alle condizioni elencate

a) l'impresa, sottoposta a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 356/1992, è stata affidata ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario per finalità di continuazione o ripresa dell'attività produttiva

SI NO Non Applicabile

b) l'impresa, sottoposta a misura di prevenzione patrimoniale del sequestro o della confisca ai sensi del d. lgs. n. 159/2011, è stata affidata ad un amministratore giudiziario per finalità di continuazione o ripresa dell'attività produttiva

SI NO Non Applicabile

c) i beni aziendali, oggetto di confisca definitiva, sono stati destinati all'affitto o alla vendita in favore di società o imprese pubbliche o private per finalità di continuazione o ripresa dell'attività produttiva con provvedimento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, ai sensi dell'articolo 48, comma 8 del d. lgs. n. 159/2011

SI NO Non Applicabile

***In caso di risposta affermativa ad almeno una condizione
proseguire la compilazione al punto B6 a pagina 17
altrimenti
proseguire la compilazione al punto B2 a pagina seguente.***

Formulario RATING DI LEGALITÀ

B3.1 Dichiarazione in merito alla responsabilità dei soggetti di cui al punto A1-ATTUALMENTE IN CARICA

Barrare le caselle rispondenti alle condizioni elencate

a) nei confronti dei soggetti elencati al punto A1-attualmente in carica è stata iniziata l'azione penale ai sensi dell'articolo 405 del codice di procedura penale per delitti aggravati ai sensi dell'articolo 7 del d.l. n. 152/1991, convertito dalla l. n. 203/1991

SI NO

In caso di risposta affermativa

→ *l'impresa non può accedere al RATING.*

In caso di risposta negativa

→ *proseguire la compilazione.*

b) nei confronti dei soggetti elencati al punto A1-attualmente in carica per reati di cui al d. lgs. n. 231/2001, per i reati tributari di cui al d. lgs. n. 74/2000 e successive modifiche, per i reati di cui agli articoli 346, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355, 356 e 629 del codice penale e per il reato di cui all'art. 2, commi 1 e 1 bis, del d.l. n. 463/1983, convertito dalla l. n. 638/1983

b1) sono state adottate misure cautelari personali e/o patrimoniali; sono state adottate misure di prevenzione personale e/o patrimoniale

SI NO

Barrare la casella SI unicamente nel caso le misure cautelari e/o di prevenzione risultino in corso di efficacia.

In caso di risposta affermativa

→ *l'impresa non può accedere al RATING.*

In caso di risposta negativa

→ *proseguire la compilazione.*

b2) è stata pronunciata sentenza di condanna o emesso decreto penale di condanna oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale

SI NO

In caso di risposta affermativa

→ *proseguire la compilazione al punto c) a pagina seguente.*

In caso di risposta negativa

→ *proseguire la compilazione al punto B3.2 a pagina 11.*

Formulario RATING DI LEGALITÀ

B6. Dichiarazione in merito alla responsabilità di impresa per illeciti amministrativi

Barrare le caselle rispondenti alle condizioni elencate

L'impresa:

1) non è destinataria di provvedimenti di condanna dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) o della Commissione europea per illeciti *antitrust gravi* divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di *rating*, salvo il caso di non imposizione o riduzione della sanzione amministrativa pecuniaria in seguito alla collaborazione prestata nell'ambito di un programma di clemenza nazionale o europeo

2) non è destinataria di provvedimenti di condanna dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per pratiche commerciali scorrette, ai sensi dell'art. 21, commi 3 e 4 del codice del consumo e di provvedimenti di condanna per inottemperanza a quanto disposto dall'Autorità, ai sensi dell'art. 27, comma 12 del codice del consumo, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di *rating*

3) effettua pagamenti e transazioni finanziarie di ammontare superiore alla soglia fissata dalla legge in vigore sulla disciplina dell'uso del contante esclusivamente per il tramite di strumenti di pagamento tracciabili anche secondo le modalità previste nella determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici

4) non è destinataria di provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici di cui è o è stata beneficiaria, per i quali non siano stati assolti gli obblighi di restituzione, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di *rating*

5) non è destinataria di provvedimenti sanzionatori dell'ANAC in materia di prevenzione della corruzione, trasparenza e contratti pubblici di natura pecuniaria e/o interdittiva e non sussistono annotazioni nel Casellario informatico delle imprese di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 207/2010 che implicino preclusioni alla stipula di contratti con la Pubblica amministrazione o alla partecipazione a procedure di gara o di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi o forniture divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di *rating*

In caso di mancanza di anche uno solo dei requisiti di cui al punto B6

→ l'impresa non può accedere al RATING.

altrimenti

→ proseguire la compilazione al punto successivo.

SEZIONE C ELEMENTI PER LA DETERMINAZIONE DEL PUNTEGGIO (art.3, commi 2,3, 4 e 5, del Regolamento)

C1. Dichiarazione per la verifica delle condizioni per l'incremento del punteggio

Barrare le caselle rispondenti alle condizioni elencate

L'impresa:

a) rispetta i contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'Interno e da Confindustria in data 10 maggio 2010 e rinnovato il 19 giugno 2012, e delle successive versioni dello stesso e delle Linee Guida che ne costituiscono attuazione, del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'Interno e dalla Alleanza delle Cooperative Italiane in data 14 novembre 2013 e di ulteriori Protocolli che verranno sottoscritti dal Ministero dell'Interno con altre associazioni imprenditoriali, nonché dei protocolli sottoscritti a livello locale dalle Prefetture e dalle associazioni di categoria

SI NO

(indicare i Protocolli sottoscritti e i firmatari)

b) utilizza sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per somme di importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge

SI NO

c) ha adottato una funzione o struttura organizzativa, anche in outsourcing, che espleti il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa, o un modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001

SI NO

(in caso di risposta affermativa, specificare la funzione o struttura organizzativa adottata, ovvero indicare la data e gli estremi del provvedimento di adozione del modello organizzativo, nonché delle eventuali modifiche, fornendo specifiche indicazioni circa la modalità di vigilanza adottate)

In conclusione, anche se il d.lgs. n.50/2016 introduce l'istituto del rating d'impresa, il rating di legalità rimane uno strumento molto valido, richiamato anche da alcune disposizioni. L'articolo 93, riguardante la materia delle garanzie per la partecipazione alle procedure di gara, prevede infatti, che nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e il suo eventuale rinnovo è ridotto del 30% per gli operatori economici in possesso del rating di legalità.

5.3 - RATING REPUTAZIONALE : IL RATING D'IMPRESA

L'articolo 83 del d.lgs. n.50 del 18 aprile 2016, introduce presso l'ANAC il sistema del Rating d'impresa e delle relative penalità e premialità, in relazione al quale la stessa Autorità anticorruzione rilascia alle imprese l'apposita certificazione.

Il sistema si fonda su requisiti reputazionali, elementi positivi o negativi che espressi da un valore numerico, incidono sul punteggio reputazionale assegnabile all'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali ed i relativi criteri di valutazione mediante apposite linee guida.

Caratteristica essenziale è che il rating d'impresa è applicabile solo per la qualificazione delle imprese, tale rating non potrà invece essere oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione di punteggi connessi al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La qualificazione deve essere intesa in senso ampio come valutazione della capacità delle imprese di poter accedere alla gara. Ai sensi dell'articolo 84 del Codice, la qualificazione è affidata alla SOA (società organismi di attestazione), che attestano il possesso della certificazione del rating di impresa rilasciata dall'ANAC per i lavori superiori ai 150 mila euro, mentre per i lavori inferiori a tale soglia e per i servizi e le forniture è affidata alle stazioni appaltanti.

La scelta del legislatore italiano, a differenza del sistema statunitense⁶⁶, è stata quella di optare per la collocazione formale del rating di impresa fra i requisiti di qualificazione soggettiva delle imprese, come condizione di ammissione alle gare. Questa decisione è in linea con gli standard imposti a livello europeo: infatti la distinzione tra criteri di idoneità/selezione dell'offerente di natura strettamente soggettiva, e criteri di aggiudicazione/selezione dell'offerta di tipo prettamente oggettivo è rigorosa. La stazione appaltante, quindi, nell'attribuire i punteggi nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta.

Il sistema di premialità e penalità connesso al rating deve fondarsi su “*requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa*”.

⁶⁶ Il rating reputazionale negli USA è criterio di aggiudicazione della gara, unitamente al rapporto prezzo /qualità.

Tali requisiti devono tenere conto del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'AGCM, nonché i precedenti comportamenti dell'impresa con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto⁶⁷.

Proprio all'interno del comma 10 dell'articolo 83 si può riscontrare la connessione tra Rating di legalità e Rating d'impresa. Tra gli elementi positivi, infatti, oltre all'effettiva regolarità contributiva, all'attitudine al rispetto dei tempi e dei costi dell'esecuzione dei contratti, vi è il Rating d'impresa e il Modello organizzativo 231/2001.

La rilevanza attribuita dal nuovo codice degli appalti agli istituti del rating di legalità e del rating reputazionale, può ritenersi la conclusione di un percorso avviato con il l'introduzione nel nostro ordinamento del Decreto Legislativo 231/2001, che ha sancito la cd. "responsabilità amministrativa" degli enti, spingendo gli stessi verso la prevenzione dei reati mediante l'adozione di modelli di autoregolamentazione e codici comportamentali.

L'ANAC non identifica rispetto al modello una serie di elementi essenziali di base per sviluppare un effettivo ed efficace modello 231. Alla fine del processo di implementazione, però, devono risultare una serie di elementi:

- Individuazione delle aree a maggior rischio di compimento di reati
- Sviluppo di procedure operative per evitare i rischi nelle aree più sensibili
- Adozione di pratiche gestionali finalizzate ad una corretta attività imprenditoriale
- Struttura organizzativa adeguata al fine di assicurare un tempestivo scambio di informazioni all'organo di vigilanza
- Applicazione ed effettivo ricorso a strumenti di monitoraggio che attestino l'efficacia delle misure introdotte e l'effettivo utilizzo del modello attraverso le previsioni di appositi organismi deputati allo svolgimento di tale attività

In definitiva, con l'introduzione del d.lgs. n.50/2016 il tema del rating di legalità e la normativa del modello 231 del 2001 hanno assunto una nuova enfasi, essendo strettamente connessi con il rating d'impresa nel panorama degli appalti pubblici,

⁶⁷ Il Consiglio di Stato ha sottolineato che la legge delega n.11/2016, in realtà, fa riferimento agli "accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi", rendendo evidente che non è la mera esistenza di un contenzioso a poter influenzare il rating di legalità, quanto piuttosto la sua definitiva conclusione in senso sfavorevole al concorrente (Consiglio di Stato, parere n.855/2016).

nel contesto attuale del nostro ordinamento, quindi, l'ottenimento e il mantenimento di un buon rating o un'implementazione corretta del modello 231/2001, risultano di importanza fondamentale per le strategie aziendali, consentendo diversi vantaggi per le loro attività.

5.4 - LINEE GUIDA ANAC : CRITERI REPUTAZIONALI PER LA QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE

L'articolo 83 del nuovo Codice, stabilisce che spetta all'ANAC il compito di definire i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi. Secondo l'Autorità si ritiene che il rating possa essere certificato anche per le imprese estere, valutando i comportamenti tenuti dalle medesime nell'esecuzione degli appalti.

Per quanto riguarda l'algoritmo di calcolo del rating di impresa si chiarisce che si deve utilizzare un unico punteggio finale che sintetizzi tutte le informazioni che lo compongono. In questa ottica si possono percorrere due strade: la prima consiste in un sommatoria ponderata dei vari elementi/requisiti reputazionali, la seconda prevede un meccanismo tipo "patente a punti" per cui da un punteggio massimo si sottraggono i singoli elementi oggetto di valutazione negativa ma con la possibilità di riattribuzione dei punti con il passare del tempo nel caso in cui l'impresa non subisca ulteriori penalità.

Tra le due modalità le linee guida si esprimono con una netta preferenza per il metodo della somma ponderata, fissando il punteggio massimo conseguibile da parte dell'impresa in misura non superiore a 100.

Il rating di impresa è costruito dal legislatore come obbligatorio e non opzionale, come è invece quello di legalità. Tuttavia il rating di impresa tiene conto anche di quello di legalità e quindi vi è un incentivo per le singole imprese a richiedere anche quest'ultimo al fine di incrementare il proprio livello reputazionale.

Il comma 10 dell'articolo 83 prevede, come più volte fatto presente, che il rating d'impresa deve fondarsi su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. Tra questi vengono indicati a titolo esemplificativo:

- Indici espressivi della capacità strutturale dell'impresa
- Il rispetto dei tempi e dei costi previsti per l'esecuzione

- L'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle gare che di esecuzione dei contratti
- Il rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'AGCM
- La regolarità contributiva
- La presenza di misure sanzionatorie amministrative per i casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi

Poiché alcuni requisiti reputazionali, precisa l'ANAC, sono anche elementi su cui si fondano alcune specifiche cause di esclusione di cui all'articolo 80, o presentano correlazioni con altri istituti, come il criterio dell'OEPV, si deve evitare che uno stesso elemento possa essere utilizzato più volte per valutare l'offerta o l'offerente.

Si precisa, quindi, che per quanto riguarda gli indici espressivi della capacità strutturale, si devono considerare indicatori diversi da quelli già utilizzati per la qualificazione⁶⁸, che pur espressivi della capacità strutturale⁶⁹ abbiano un riflesso sulla capacità di performance e di affidabilità dell'impresa, come il d.lgs. 231/2001, nonché indicatori del tipo "patrimonio netto" o "costo del personale sul fatturato".

Con riferimento ai tempi e ai costi, saranno presi in considerazione i comportamenti complessivi dell'impresa in fase di esecuzione, attribuendo: penalità in caso di ritardo imputabile all'esecutore ovvero un aumento dell'importo contrattuale dovuto a modifiche che si rendano necessarie per compensare ribassi, offerti in fase di gara, non economicamente sostenibili; premialità, per esempio, in caso di consegna anticipata dei lavori oppure di consegna senza iscrizione di riserve.

Relativamente all'incidenza del contenzioso, si propone una lettura costituzionale che salvaguardi il diritto alla difesa in giudizio (art 24 Cost.). Si dovrà fare riferimento al contenzioso ordinario, amministrativo o di natura arbitrare con esito negativo, nei casi di declaratoria giurisdizionale di manifesta inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire o carenza di interesse, oppure nel caso di accertato abuso del processo, con condanna alle spese per lite temeraria.

⁶⁸ L'attenzione agli indici espressivi della capacità strutturale potrebbe scontrarsi con l'obiettivo di fondo del Codice di garantire la possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese agli appalti.

⁶⁹ La capacità strutturale, intesa come capacità tecnica e professionale, nonché come efficiente struttura organizzativa di un'impresa è un elemento di già considerato ai fini della qualificazione SOAA e tra i requisiti speciali per la partecipazione alle gare nei servizi e nelle forniture

Quanto al possesso del rating di legalità, di natura facoltativa, si riconosce lo stesso come un elemento di premialità ai fini dell'attribuzione del rating di impresa.

In ordine alla regolarità contributiva, la stessa incide in termini premiali ai fini dell'attribuzione del rating, nel caso di assolvimento degli obblighi contributivi negli ultimi 3 anni. L'eventuale irregolarità contributiva, seppur non grave né definitivamente accertata, rileva in termini di penalità.

Relativamente alle sanzioni per omessa denuncia di richieste estorsive e corruttive, che è già causa di esclusione ai sensi dell'articolo 80 comma 5, se verificatasi e annotata dall'ANAC nel proprio casellario nell'anno precedente, le stesse rilevano ai fini del rating se si tratta di misure sanzionatorie amministrative. Si puntualizza che ai fini del rating, si potrebbe fare riferimento ad un arco temporale maggiore dell'anno preso in considerazione ai fini dell'esclusione.

L'Autorità ritiene che oltre agli elementi individuati dall'articolo 83 del Codice, al fine di definire l'affidabilità dell'impresa occorra fare riferimento all'insieme dei comportamenti tenuti dalla stessa in fase di esecuzione. Tra questi comportamenti possono rientrare:

- Gli inadempimenti delle obbligazioni contrattuali che portano all'erogazione di penali, all'escussione di cauzioni o fideiussioni o alla risoluzione del contratto
- Gravi illeciti professionali ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lettera c), prendendo a riferimento eventualmente un periodo maggiore di quello fissato dall'Autorità ai fini dell'annotazione
- L'adozione da parte delle imprese di un modello organizzativo idoneo, secondo quanto previsto dal d.lgs. 231/2001

5.5 - LE CONSULTAZIONI DI MERCATO : LE IMPRESE SEMPRE PIU' VICINE ALLA P.A.

L'articolo 32 del Codice fa riferimento alla determinazione a contrarre come atto di impulso di tutto il procedimento di evidenza pubblica. Il problema di fondo è che la maggior parte delle gare, presentano problemi di corruzione o brogli prima della determina a contrarre o dopo l'aggiudicazione. Se infatti la procedura inizia dalla determina a contrarre, tutta la fase precedente è demandata all'arbitrio di chi sta preparando la gara.

Molto spesso accade che il funzionario in buona fede, per la corretta preparazione della gara, entra in contatto con diversi operatori economici che potrebbero sapere in anticipo non solo la volontà dell'amministrazione di indire una gara, ma potrebbero anche venire a conoscenza di specifiche tecniche richieste e quindi prepararsi per tempo, avendo così un notevole vantaggio successivamente.

Una procedura siffatta, quindi, potrebbe alterare il gioco della concorrenza in tutti quei casi in cui il prodotto che si richiede al mercato non sia standardizzato. Allora la procedura di gara dovrebbe iniziare nel momento in cui si analizzano le esigenze, dall'analisi del mercato, consultando le imprese in modo trasparente

La fase precedente alla predisposizione della gara è fondamentale per il suo corretto sviluppo, per determinare le condizioni, per individuare che tipo di mercato ho di fronte e per individuare i criteri di selezione.

Il nuovo Codice, come più volte sottolineato, spinge sempre di più al dialogo tra operatori economici e P.A. Come la procedura competitiva con negoziazione, le consultazioni di mercato sono del tutto innovative nel nostro ordinamento, mettendo sempre più in risalto l'importanza di un'adeguata informazione da parte delle P.A. attraverso il rapporto con l'ambiente in cui si trova ad operare.

L'articolo 66 recepisce l'articolo 40 della direttiva 2014/24/UE, in materia di consultazioni preliminari di mercato, prevedendo la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici, prima dell'avvio di una procedura di appalto, di svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.

A tal fine è espressamente previsto che le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti/partecipanti al mercato. La norma rappresenta un elemento di notevole novità delle procedure, consentirà, infatti, alle stazioni appaltanti di avere maggiori informazioni strumentali al miglioramento delle procedure e fare delle scelte consapevoli.

È innegabile come precedentemente all'indizione formale di una procedura di affidamento, possa essere fondamentale per le stazioni appaltanti, ma anche per gli operatori economici, avviare un dialogo finalizzato a realizzare un confronto informale tra le parti, per accertare l'esistenza di soluzioni potenzialmente in grado di soddisfare nella maniera migliore i fabbisogni di innovazione individuati dalla P.A. ad esempio

con una manifestazione di interesse (ciò non vincola in nessun modo l'eventuale procedura successiva e quindi non comporta l'aggiudicazione o maturazione di un diritto all'aggiudicazione).

La consultazione di mercato è propedeutica, quindi, a confrontare esperienze e acquisire conoscenze tecniche, al fine di una migliore predisposizione degli atti di gara, conciliando le esigenze della stazione appaltante con l'offerta del mercato

La nuova norma sulle consultazioni di mercato è la naturale prosecuzione delle pregressa direttiva 18/2004 (recepita con il Decreto legislativo 163/2006) che già introduceva la possibilità di instaurare ante procedura un dialogo con gli operatori economici al fine di sollecitare e nel caso accettare consulenze.

La norma non specifica come deve avvenire la consultazione, ciò è del tutto ragionevole dal momento che non si tratta di una procedura standardizzata. La consultazione tuttavia, non deve falsare il gioco della concorrenza e deve svolgersi secondo i principi di trasparenza e non discriminazione, sia nei confronti dei soggetti che hanno preso parte alla consultazione, sia dei potenziali futuri partecipanti alla gara. Il dialogo può essere instaurato sulla base di un avviso, pubblicato ad esempio sul sito dell'ente, o su invito. Sotto il profilo strettamente operativo la richiesta di consultazione può essere ricondotta all'attività del RUP che tramite apposito atto dovrà specificare la tempistica entro cui deve essere resa la consultazione. Non vi è dubbio che rimettere al RUP, le informazioni pertinenti da comunicare scaturite dagli incontri alla preparazione della procedura, espone a rischi di conflitto o contenzioso.

La consultazione deve avvenire in forma libera e gratuita. Per stimolare la partecipazione occorre sempre tutelare la riservatezza sui segreti commerciali, altrimenti si rischia o la mancata partecipazione, oppure di non ottenere informazioni rilevanti.

Come è facilmente comprensibile, il potenziale conflittuale della norma è smisurato. La partecipazione di operatori economici ad una fase propedeutica alla redazione degli atti tecnici con la conseguenza che gli altri appaltatori possano conoscere il contributo tecnico fornito, rende la partecipazione a tale procedura forse poco appetibile per le imprese. Inoltre una prefase condotta da soggetti che poi prendono parte alla gara, crea comprensibilmente, delle difficoltà notevoli per far passare agli altri operatori che non hanno partecipato al dialogo che in ogni caso si sta avviando una procedura imparziale.

Si presentano di seguito alcuni documenti ufficiali del Comune di Livorno riguardanti un'indagine di mercato svoltasi nel gennaio 2016 per affidare il "servizio centro stampa

mediante noleggio”, finalizzata ad una successiva procedura aperta con modalità telematica:



IL RESPONSABILE UFFICIO PROVVEDITORATO

RENDE NOTO

Si informa che l'Amministrazione comunale di Livorno intende avviare una procedura di consultazione preliminare di mercato volta ad affidare il

“SERVIZIO CENTRO STAMPA MEDIANTE NOLEGGIO”

A questo proposito il Comune verificato che non sussistono convenzioni CONSIP idonee a soddisfare le esigenze del servizio.

La finalità della consultazione preliminare di mercato, ai sensi dell'art. 40 della direttiva 24/2014 CE è quella di preparare l'appalto acquisendo utili informazioni circa le tecnologie e le opportunità presenti sul mercato

Si richiede pertanto ai soggetti interessati presenti sul mercato e in possesso delle necessarie qualificazioni di:

MANIFESTARE IL LORO INTERESSE A SVOLGERE LA CONSULTAZIONE

L'istanza da far pervenire **entro le ore 13.00 del giorno 28 gennaio 2016** tramite PEC comune.livorno@postacert.toscana.it indirizzata all'ufficio URP Editoria Centro Stampa, corredata dei seguenti documenti:

-  Breve descrizione del soggetto che si candida contenente in particolare alcuni elementi di tipo curriculare relativo alle attività sociali svolte
-  Indicazione della forma giuridica assunta dal candidato, del nominativo del legale rappresentante e dei riferimenti per essere contattato

L'obiettivo principale che l'Amministrazione intende raggiungere con l'appalto è quello di dotarsi di idonee stampanti di produzione per stampare in proprio in bianco e nero e a colori i prodotti secondo le proprie diversificate necessità. Saranno svolti incontri riservati agli operatori economici che ne faranno richiesta.

L'Amministrazione chiarisce sin d'ora che non saranno divulgate senza un esplicito consenso, le informazioni fornite dagli operatori economici in occasione della presente procedura. Per il resto il comune si atterrà a criteri di trasparenza e rispetto della parità di trattamento tra i concorrenti.

La finalità ricognitiva della consultazione non determina alcun diritto degli interessati proponenti a compensi in qualunque modo denominati per le documentazioni che vorranno presentare. Il Comune garantisce la massima riservatezza di quanto le imprese vorranno presentare e proporre.

Responsabile Ufficio Editoria Centro Stampa

.....

Responsabile Ufficio Provveditorato:

.....

MANIFESTAZIONE INTERESSE “SERVIZIO CENTRO STAMPA MEDIANTE NOLEGGIO”

Nell'ambito della manifestazione d'interesse avente come oggetto “Servizio centro stampa mediante noleggio”, il giorno 10 febbraio 2016 alle ore 10.00 si è svolto l'incontro con il rappresentante di, sig Sono presenti per il Comune di Livorno:

Responsabile Provveditorato

Uff. Provveditorato

Responsabile Ufficio URP -Editoria – Centro stampa

Ufficio URP -Editoria – Centro stampa

Ufficio URP -Editoria – Centro stampa

Si riassume il senso della procedura come consentita dalla direttiva comunitaria, dopodiché si evidenzia che l'Amministrazione è interessata a sviluppare la stampa a colori.

Argomenti trattati:

– **esistenza di altre caratteristiche tecniche, oltre alla velocità di stampa, che individuino le macchine di altra produzione**

le macchine da produzione sono siglate PRO. Velocità di stampa colore da =>70 con velocità costante anche al cambio di supporto - Velocità di stampa b/n da 95 a 150 copie. F.to fino a cm 33x48 (A3 plus plus). Grammatatura oltre gr. 300 che può andare nei cassetti. Peso delle macchine – una macchina da produzione ha peso sopra 100 kg. Capacità cassette: 1000-1500-2000 ff. Risoluzione macchina a colori: 1200x4800dpi - hanno un RIP a colori separato proprietario (GW), possono fornire una postazione workstation. Macchina a colori stampa anche le buste con finestra e senza anche chiuse tutte le dimensioni. Spillatura in linea fino a 20 ff. (80pagine) per 80-100gr. Premialità: può essere gestita a livello contrattuale una variazione in + o in – delle copie.

– **possibilità di chiedere, con le stesse risorse finanziarie, due macchine a colori, con minore velocità di stampa, al posto di una b/n con velocità superiore e a colori a velocità media**

- le due soluzioni non sono equivalenti dal punto di vista economico

– **elementi di cui tener conto per la premialità tecnica sotto gli aspetti ambientali (Green public procurement)**

- pezzi di ricambio: quelli che possono essere rigenerati vengono trattati in Olanda; gli altri vengono smaltiti a norma di legge. Le macchine a fine vita vengono smaltite con il recupero dei pezzi fino al 90% in un centro specializzato in Inghilterra. Possibile ritiro dei toner esausti tramite un appalto a livello nazionale con una ditta specializzata che si occupa di smaltimento di toner. Richiesta di smaltimento mediante un portale dedicato.
- Ricoh ha tutte le certificazioni per emissioni a norma di legge e sono molto attenti ai consumi energetici

– **disponibilità di fornitura di materiale cartaceo ottimale per le macchine in noleggio**

- Disponibili, le macchine sono certificate per le carte patinate

– **limite da inserire relativamente all'anno di immissione del modello sul mercato delle apparecchiature**

- anno 2012

– **tecnologia della macchina piegatrice**

- hanno per la piegatura a sella un prodotto in linea ed uno fuori linea. Possono fornire una piegatrice esterna.

– **scanner separato oppure scanner presente sulle macchine di stampa**

- scanner per macchina b/n: scanner a colori f.to fino a 33x48 con velocità pari a quella della macchina. File PDF TIF JPEG. Macchina a colori può essere fornita con o senza scanner. Ricoh non produce scanner separati.

– **misura minima del plotter per la stampa di manifesti**

- producono plotter a colori e b/n, f.to A0 per manifesti uso interno. Hanno un plotter a tecnologia Latex (tecnologia proprietaria Ricoh con stampa ecologica a base acqua)

– **servizio di assistenza tecnico**

- servizio diretto con personale interno specializzato. La gestione della Toscana ha sede a Firenze con 6 tecnici specializzati per macchine da produzione e pezzi di ricambio disponibili nel veicolo. Contatti con portale service più numero verde dedicato con numero diretto dedicato (5) a cui risponde un tecnico. Intervento entro 8h lavorative.

– **Disponibilità a fornire un servizio di supporto progettazione grafica, anche da remoto**

- Mediante un loro centro di service

MANIFESTAZIONE INTERESSE “SERVIZIO CENTRO STAMPA MEDIANTE NOLEGGIO”

Nell’ambito della manifestazione d’interesse avente come oggetto “Servizio centro stampa mediante noleggio”, il giorno 4 febbraio 2016 alle ore 15.00 si è svolto l’incontro con il rappresentante di, sig. Sono presenti per il Comune di Livorno:

Responsabile Provveditorato

Uff. Provveditorato

Responsabile Ufficio URP -Editoria – Centro stampa

Ufficio URP -Editoria – Centro stampa

Ufficio URP -Editoria – Centro stampa

Si riassume il senso della procedura come consentita dalla direttiva comunitaria, dopodiché si evidenzia che l’Amministrazione è interessata a sviluppare la stampa a colori.

Il presenta un documento, al fine di garantire una consulenza, riportante caratteristiche minime della apparecchiature di stampa che potrebbero essere possedute da imprese qualificate del mercato.

Argomenti trattati:

- **esistenza di altre caratteristiche tecniche, oltre alla velocità di stampa, che individuino le macchine di altra produzione**
 - non esiste alcuna caratteristica in particolare, ma rileva la possibilità di garantire picchi elevati di copie di stampa rispetto alla media
- **possibilità di chiedere, con le stesse risorse finanziarie, due macchine a colori, con minore velocità di stampa, al posto di una b/n con velocità superiore e a colori a velocità media**
 - le due soluzioni non sono equivalenti dal punto di vista economico
- **elementi di cui tener conto per la premialità tecnica sotto gli aspetti ambientali (Green public procurement)**
 - emissione sonora in esercizio
 - consumo energetico
 - emissioni di sostanze – puntualizzato che Canon ha una macchina b/n, 120 c.m. con emissione zero
- **disponibilità di fornitura di materiale cartaceo ottimale per le macchine in noleggio**
 - Canon ha un settore supporti di stampa e comunque hanno macchine testate per l’utilizzo di determinate carte certificate di cui sono disponibili a fornire le specifiche tecniche
- **limite da inserire relativamente all’anno di immissione del modello sul mercato delle apparecchiature**
 - Canon ha una macchina a colori anno 2014 e macchina b/n anno 2012 e, comunque, fa presente che le macchine con certificazione hanno una garanzia di reperibilità sul mercato di pezzi di ricambio per 10 anni.
- **tecnologia della macchina piegatrice**
 - Esistenza di due diversi modelli:
 - Ad aspirazione- consigliata in quanto produce meno sprechi e per minore manutenzione
 - A frizione
- **scanner separato oppure scanner presente sulle macchine di stampa**
 - Possono essere tranquillamente utilizzati gli scanner presenti sulle macchine fino ad un f.to A3 anche quando le macchine sono in produzione
- **misura minima del plotter per la stampa di manifesti**
 - 40”
- **servizio di assistenza tecnico**
 - Canon ha un servizio di assistenza tecnica diretta di tipo selettivo con pezzi di ricambio in dotazione in vettura al 87%
- **punto integrativo chiesto con mail il giorno 5/02/16: Disponibilità a fornire un servizio di supporto progettazione grafica, anche da remoto**
 - Possibile

MANIFESTAZIONE INTERESSE “SERVIZIO CENTRO STAMPA MEDIANTE NOLEGGIO”

Nell’ambito della manifestazione d’interesse avente come oggetto “Servizio centro stampa mediante noleggio”, il giorno 9 febbraio 2016 alle ore 15.45 si è svolto l’incontro con il rappresentante di, sigg..... e

Sono presenti per il Comune di Livorno:

Responsabile Provveditorato

Uff. Provveditorato

Responsabile Ufficio URP -Editoria – Centro stampa

Ufficio URP -Editoria – Centro stampa

Ufficio URP -Editoria – Centro stampa

Si riassume il senso della procedura come consentita dalla direttiva comunitaria, dopodiché si evidenzia che l’Amministrazione è interessata a sviluppare la stampa a colori.

Argomenti trattati:

- **esistenza di altre caratteristiche tecniche, oltre alla velocità di stampa, che individuino le macchine di altra produzione**
 - o caratteristiche macchina a colori di produzione: =>75 pagine minuto con velocità nominale anche sulle grammature più elevate; risoluzione di stampa 1200x1200 dpi; grammatura di supporto fino a 300 gr; RIP (Efi) che gestisce le code di stampa
 - Dispongono di un software di monitoraggio della stampa per il controllo dei costi e della reportistica. Premialità: alimentazione carta affidabile con alimentazione aspirazione a vuoto e con cassettoni da 3000-5000 ff. Contratto con possibilità di flessibilità annuale con revisione delle copie di stampa; richiesta di Account Manager di riferimento
- **possibilità di chiedere, con le stesse risorse finanziarie, due macchine a colori, con minore velocità di stampa, al posto di una b/n con velocità superiore e a colori a velocità media**
 - o le due soluzioni non sono equivalenti dal punto di vista economico
- **elementi di cui tener conto per la premialità tecnica sotto gli aspetti ambientali (Green public procurement)**
 - o emissione sonora in esercizio
 - o consumo energetico (possessione etichetta Energy Star od equivalente etichetta ambientale Iso tipo I)
 - o emissioni di sostanze (Der Blaue Angel od equivalente etichetta ambientale Iso tipo I)
 - o Sharp ha smaltimento finale della macchina certificato
- **disponibilità di fornitura di materiale cartaceo ottimale per le macchine in noleggio**
 - o Disponibili, anche se normalmente non viene richiesta perché viene trattata a prezzi più bassi dalla grande distribuzione. Posseggono una lista di carte certificate (Navigator e Burgo).
- **limite da inserire relativamente all’anno di immissione del modello sul mercato delle apparecchiature**
 - o anno 2012, colore 2013
- **tecnologia della macchina piegatrice**
 - o hanno una partnership con Duplo e Horizon (tecnologia a frizione)
- **scanner separato oppure scanner presente sulle macchine di stampa**
 - o dipende dall’utilizzo dello scanner: quello a bordo è utilizzabile solo per documenti, mentre per acquisire immagini di qualità è preferibile scanner separato
- **misura minima del plotter per la stampa di manifesti**
 - o -
- **servizio di assistenza tecnico**
 - o Centro di Assistenza a Firenze (14 tecnici totali). Possono mettere in magazzino pezzi per il Comune
- **Disponibilità a fornire un servizio di supporto progettazione grafica, anche da remoto**
 - o fattibile

COMUNE DI

UFFICIO PROVVEDITORATO

Verbale della procedura aperta, svoltasi per via telematica tramite la piattaforma START per l'affidamento dell'appalto del "SERVIZIO DI CENTRO STAMPA MEDIANTE NOLEGGIO" - CIG 6585595CE7, per l'importo stimato a base d'asta pari a x Euro al netto dell'IVA, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163, in applicazione della determinazione del Responsabile Ufficio Urp - Editoria - Centro stampa, n. 1223 del 01 marzo 2016.

Responsabile del Procedimento la Responsabile Ufficio Urp -

Gara fissata per il giorno

Il tutto ai sensi della Disciplina delle Procedure Contrattuali approvata con deliberazione Giunta Comunale n° 174 del 14.05.2002.

Visto il bando di gara pubblicato ai sensi di legge sulla Gazzetta Ufficiale Comunità Europea del 15 marzo 2016 n. 2016/S 052-087-135, sulla Gazzetta Ufficiale Repubblica Italiana 5ª Serie Speciale - Contratti Pubblici n.32 del 18 marzo 2016 n. 1600003942, Albo 15 marzo 2016.

La Commissione esaminatrice nominata con determinazione n. 2728 in data persone di:

Membro -, Ufficio Reti e Sistemi Informatici;

Membro -, Ufficio Urp - Editoria - Centro Stampa;

Presidente di Commissione -, Dirigente Dipartimento Affari Generali, Vice Segretario generale;

Il giorno ore, la Commissione si riunisce in seduta pubblica presso l'Ufficio Provveditorato del Comune di per l'apertura della documentazione amministrativa ai fini dell'ammissione delle concorrenti alla procedura di gara.

Si dà atto che sono presenti alle operazioni di gara il per la Società e
il Sig. per la Società

La Commissione, prende atto che sono pervenute le offerte delle seguenti imprese:

1.
2.
3.
4.

Preliminarmente all'avvio delle operazioni di gara, il Presidente e i componenti della commissione dichiarano di non aver subito condanne anche non definitive per reati contro la Pubblica Amministrazione e, visto l'elenco delle imprese partecipanti, di non aver alcun conflitto di interesse anche potenziale, in rapporto agli operatori economici che partecipano alla gara.

La Commissione procede, quindi alle ore 10.20, ad effettuare l'apertura delle offerte contenente la documentazione amministrativa ed alla verifica dei documenti da queste presentata ai fini della loro ammissione alla fase successiva della gara.

Appurato che tutte le concorrenti hanno regolarmente presentato la documentazione richiesta dal bando e dal disciplinare di gara, la Commissione le ammette alla fase successiva della procedura e provvede, sempre in seduta pubblica, all'apertura delle offerte progettuali, verifica che siano complete e firmate digitalmente e, pertanto, immodificabili ed inalterabili.

La documentazione costituente le offerte tecniche è conservata con le modalità di sicurezza garantite dal sistema START della Regione Toscana.

La Commissione stabilisce di continuare i lavori di valutazione delle offerte progettuali e la relativa attribuzione dei punteggi qualitativi in successive sedute riservate.

Nei giorni 2016 la Commissione si riunisce in seduta riservata per la valutazione delle offerte progettuali, offerta tecnica elementi qualitativi, e per la relativa attribuzione dei punteggi mediante il criterio del confronto a coppie, di cui all'All. P del D.P.R. n. 207/2010, così come esplicitati nelle schede di valutazione allegate quale parte integrante e sostanziale del presente verbale, di seguito sinteticamente riportati. Si dà atto che nella valutazione delle offerte la Commissione ha operato in

collegio perfetto e che la motivazione della valutazione degli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze accordate ai vari elementi considerati nel raffronto di ciascuno dei progetti con tutti gli altri. La commissione inoltre ha espresso un giudizio di sintesi che ha consentito di esprimere le preferenze.

- - ottiene il punteggio 11.15 su 20.00 punti -
- - punteggio 17.48 su 20.00 punti -
- - punteggio 20.00 su 20.00 punti -
- - punteggio 7.35 su 20.00 punti

Al termine dei lavori di cui sopra, la Commissione stabilisce di svolgere la seduta pubblica per l'apertura dell'offerta tecnica, elementi quantitativi, e delle offerte economiche nel giorno 9 maggio 2016, alle ore 12:00, presso la sala Contratti del Comune di e provvede a dare di ciò comunicazione alle concorrenti.

Il giorno 9 maggio 2016, alle ore 12:00, la Commissione si riunisce in seduta pubblica presso la sala Contratti del Comune di per l'apertura dell'offerta tecnica elementi quantitativi e delle offerte economiche.

Si dà atto che sono presenti alle operazioni di gara il Sig. per la Società ; il Sig. per la Società ; i sigg. e per la Società ; i Sigg. e per la Società

Prima di aprire le offerte tecniche elementi quantitativi viene data lettura dei punteggi attribuiti alle offerte progettuali.

Si procede ad aprire le offerte tecniche elementi quantitativi e dalla sommatoria dei punteggi attribuiti alle offerte progettuali, quantitativa e qualitativa, di seguito viene riassunto il punteggio tecnico complessivo:

- - ottiene il punteggio 35.95 su 55.00 punti -
- - punteggio 52.31 su 55.00 punti -
- - punteggio 53.78 su 55.00 punti -
- - punteggio 35.35 su 55.00 punti

Dopodiché si procede all'apertura delle offerte economiche ottenendo il seguente risultato:

..... offre il prezzo di Euro 212.275,00 punti 45
..... - offre il prezzo di Euro 310.000,00 punti 36,55
..... offre il prezzo di Euro 279.178,00 punti 40,82
..... offre il prezzo di Euro 336.000,00
punti 32,55

Dalla sommatoria dei punteggi attribuiti alle offerte progettuali ed economiche si forma la seguente graduatoria di merito:

1. - punteggio calcolato 80.95
2. - punteggio calcolato 88.86
3. - punteggio calcolato 94.60
4. - punteggio calcolato 67.90

La Commissione, ritiene il prezzo proposto dalla prima classificata congruo (anche in relazione alla tipologia dell'appalto caratterizzato da bassa incidenza di manodopera) e pertanto non procede alla verifica dell'anomalia dell'offerta presentata.

LA COMMISSIONE

appurato che l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'Amministrazione è quella della Società e p.i. con sede in

AGGIUDICA IN VIA PROVVISORIA

ai sensi dell'art. 11, 4° comma, del D.Lgs. n. 163 del 2006, a tale impresa l'appalto di SERVIZIO DI CENTRO STAMPA MEDIANTE NOLEGGIO, per la durata contrattuale di anni cinque per l'importo di € 279.178,00 oltre IVA.

L'aggiudicazione definitiva avverrà, ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs n° 163 del 2006, con espresso provvedimento adottato dal Responsabile del Procedimento.

Fatto, letto, approvato e sottoscritto.

LA COMMISSIONE

.....
.....
.....

5.6 - IL LIVELLO DI SODDISFAZIONE : RAPPORTO TRA STAZIONI APPALTANTI E OPERATORI ECONOMICI

Pur presentando diverse problematiche, la consultazione di mercato è uno strumento con un potenziale enorme per una maggiore soddisfazione nel rapporto fra committente e operatore. La stessa previsione del rating di impresa come misurazione della performance in fase di esecuzione del contratto è uno strumento finalizzato a migliorare i rapporti tra gli operatori che si trovano ad agire sul mercato.

Un ulteriore passo in avanti in questo contesto, è l'analisi del rapporto fra committente e fornitore e in particolare il grado di soddisfazione e apprezzamento del primo rispetto al secondo. L'analisi è svolta attraverso lo studio di un questionario strutturato con domande a risposta chiusa⁷⁰ e aperta a 250 funzionari e dirigenti degli uffici gare e acquisiti dati di altrettante amministrazioni centrali e locali, aziende pubbliche ecc..

Il questionario è stato inoltrato nel mese di maggio 2015 attraverso un disegno di campionamento di tipo misto "ragionato-stratificato", che assicurasse un campione in cui risultassero rappresentate in maniera bilanciata, tutte le tipologie di Enti, le diverse aree geografiche del Paese e i due settori di intervento (forniture e servizi e lavori pubblici).

Dall'analisi dei questionari è emerso che il livello complessivo di soddisfazione delle stazioni appaltanti è buono. Oltre tre quarti dei giudizi degli interpellati (pari al 76,9%), richiesti con riferimento ad una scala di valutazione da 0 a 10, si sono concentrati su un voto fra il sette e l'otto. Nell'insieme sono stati ben l'86,1% coloro che hanno indicato un valore superiore al 6, ovvero alla stretta sufficienza.

Più interessanti sono le valutazioni sullo specifico tema delle performance dei fornitori rispetto ai costi previsti in sede di offerta e ai tempi di consegna, in un indice di scala da 0 a 10, si arriva a 8 per i primi e ad un 7,6 per i secondi.

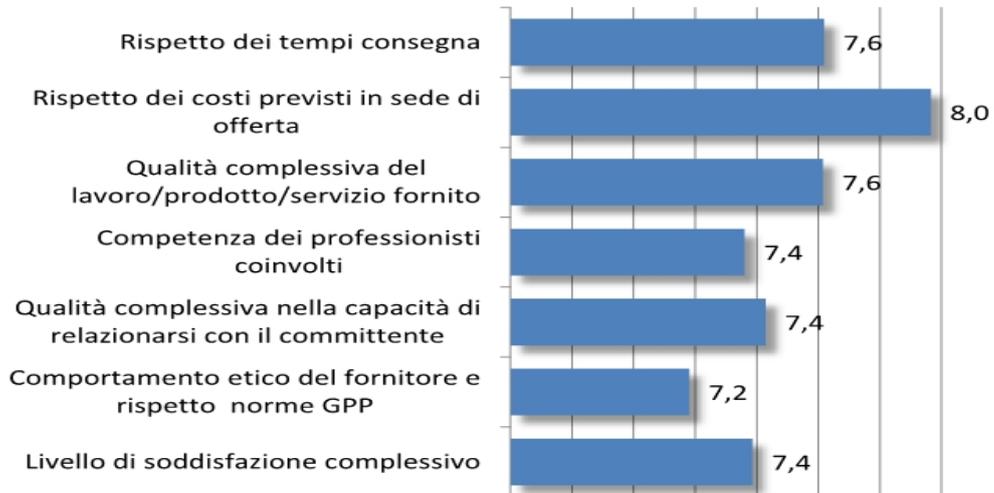
Se si segmentano i giudizi per comparto di operatività, invece, si notano giudizi verso gli operatori complessivamente migliori nel settore degli acquisti di beni e servizi e maggiori problematiche in quello dei lavori, dove i livelli di soddisfazione, pur restando elevati registrano sistematicamente dei cali.

La differenza più rilevante nelle valutazioni riguarda le tematiche relative al rispetto dei tempi e dei costi, dove le criticità sono particolarmente significative nel settore dei

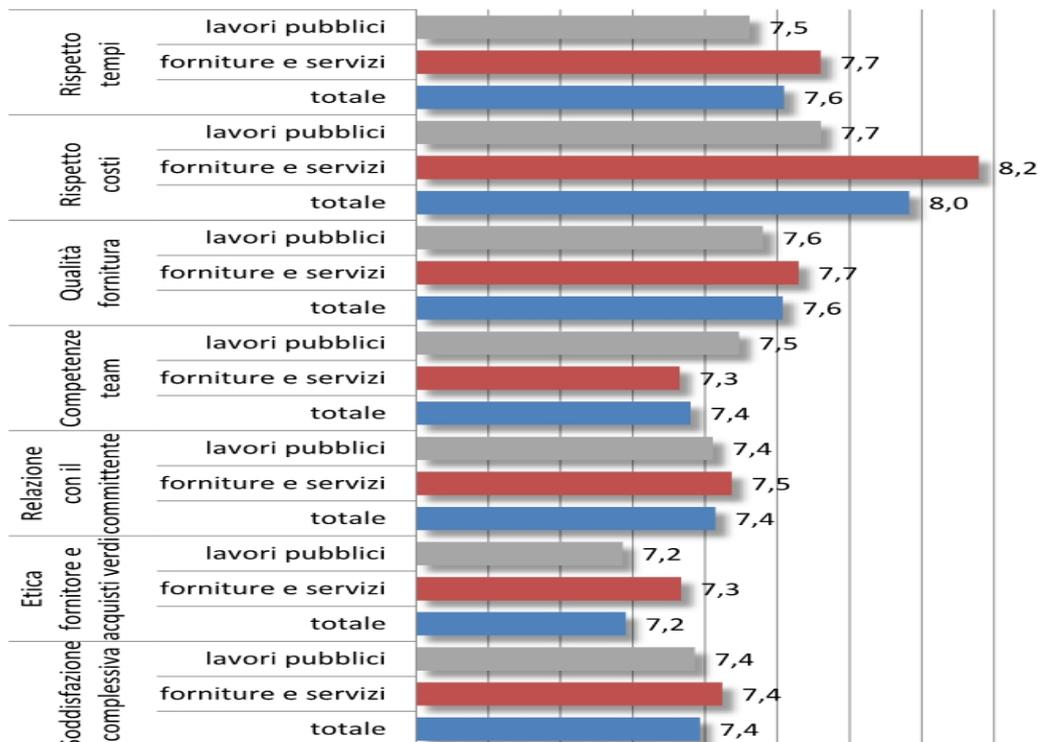
⁷⁰ Cfr. "Rating reputazionale fornitori e buona esecuzione del contratto" a cura di Annalisa Giachi

lavori, per i quali comprensibilmente la gestione del contratto è senza dubbio più complessa e articolata.

Come valuta la performance contrattuale media dei suoi fornitori rispetto ai seguenti parametri, per item di valutazione (indice scala 0-10)



Come valuta la performance contrattuale media dei suoi fornitori rispetto ai seguenti parametri, per item di valutazione e settore di appartenenza (indice scala 0-10)



Come si può notare, nel grafico sopra riportato, giudizi molto positivi sono raccolti rispetto alla capacità media dei fornitori di relazionarsi con il committente. Questo è un indicatore di difficile osservazione e dunque non semplicemente riportabile sotto il profilo reputazionale, ma ritenuto molto importante dalle stazioni appaltanti per le quali la flessibilità, la capacità di adattamento, la disponibilità e l'abilità negoziale degli operatori economici sono fattori che incidono molto ai fini di una buona esecuzione del contratto

Un secondo ma essenziale aspetto riguarda i contenziosi, ovvero uno degli aspetti più critici nel rapporto stazione appaltante-fornitore. Una corretta indagine di mercato, combinata con lo strumento del rating di impresa, migliora la fase di predisposizione della procedura e il rapporto tra gli operatori del mercato e P.A. riducendo considerevolmente eventuali contenzioni futuri.

Dall'indagine emerge che circa il 20% di stazioni appaltanti hanno avuto occasione negli ultimi due anni di avviare almeno un contenzioso, dato notevolmente elevato, che sale in modo preoccupante nelle aziende sanitarie (39%), anche se il fenomeno è riconducibile alla frequenza annua mediamente più elevata degli acquisti da parte di tali Enti. Nel particolare nelle ASL, sembra incidere il fatto che la maggior parte delle spesa sanitaria transita attraverso strumenti di acquisto centralizzato (convenzioni e accordi quadro).

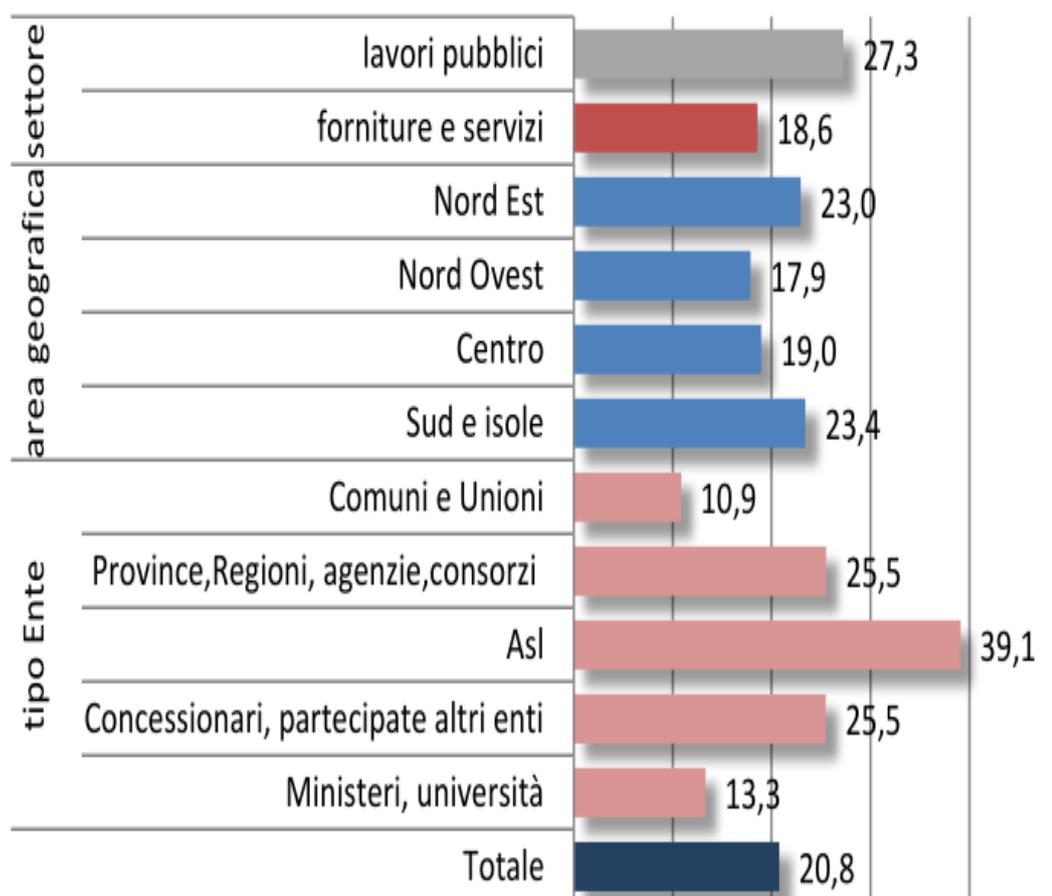
Questi, mettendo a disposizione prodotti con caratteristiche standard, talvolta non riescono ad adattarsi a pieno alle più specifiche richieste delle singole aziende sanitarie, creando così una differenza fra la qualità offerta e la qualità desiderata. Dall'altro lato, anche il tipo di contratto, essendo definito a monte da un soggetto terzo come la centrale di committenza, può irrigidire il meccanismo di confronto fra il committente e ultimo fornitore.

Dal punto di vista territoriale, rispetto sempre alla tematica del contenzioso, non vi è alcuna differenza significativa tra Nord e Sud, poiché sia nel Mezzogiorno che nel Nord si registra un 23% di Enti che hanno affrontato situazioni di contenzioso con gli operatori economici.

Dal punto di vista settoriale, si registra invece una situazione contrapposta tra il settore sei servizi e forniture, dove i contenziosi interessano il 18%, e quello dei lavori dove la percentuale sale al 28%, a conferma dell'esistenza di situazioni molto conflittuali quando si parla di esecuzione di opere pubbliche.

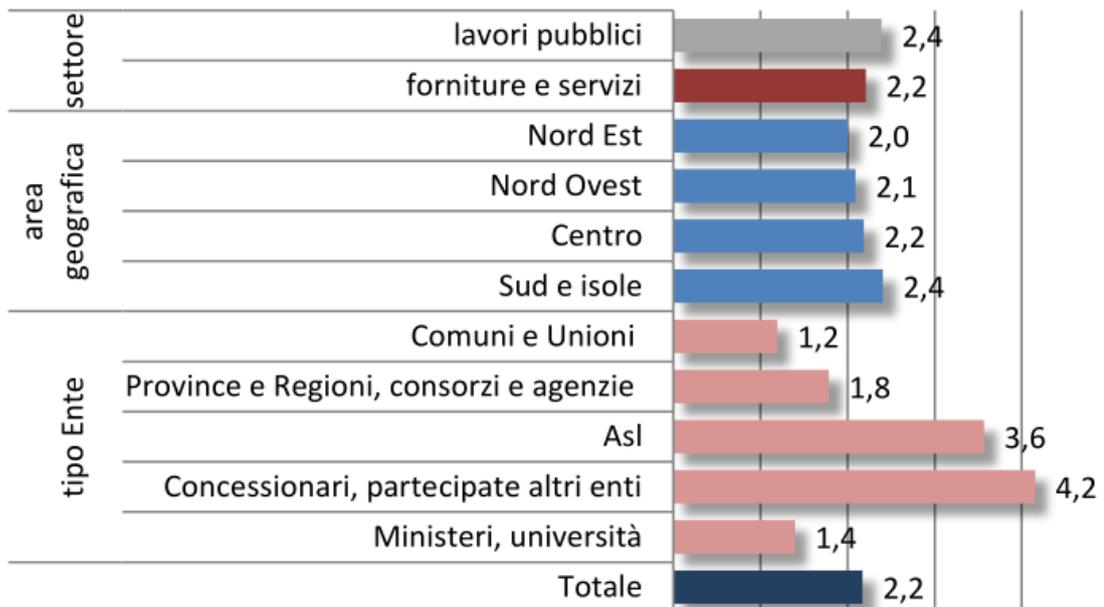
Le percentuali sui livelli di contenzioso sembrano in contrasto con i giudizi molto positivi sui fornitori rispetto ai livelli di soddisfazione. Ciò è spiegabile dalla tendenza delle stazioni appaltanti a non esprimere delle valutazioni negative sui fornitori se direttamente interpellati sull'argomento, salvo poi confermare indirettamente l'esistenza di alcune problematiche che si traducono in contenziosi con i fornitori.

Enti che negli ultimi due anni hanno avviato contenziosi riconducibili all'inadeguata performance dei fornitori in fase di esecuzione del contratto (percentuale sul totale)



Anche se una stazione appaltante su cinque dichiara di aver dovuto gestire contenziosi, l'incidenza di questi ultimi è ritenuta minima rispetto al numero di contratti (2,2%).

Percentuale indicativa dei contenziosi sul numero dei contratti



Da sottolineare come le cause di contenziosi largamente più frequenti sono sostanzialmente due:

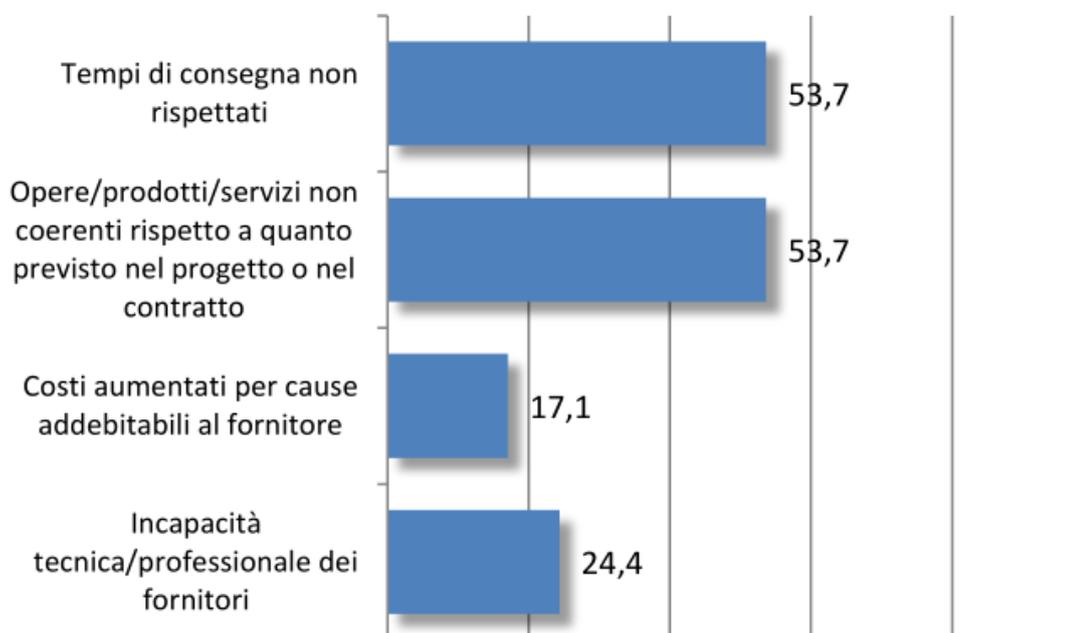
- i tempi di consegna non rispettati
- la conformità delle opere e dei prodotti a quanto previsto nel progetto o nel contratto.

Un terzo elemento interessante, riguarda l'incapacità tecnica professionale degli operatori economici (circa il 23%), strettamente connessa quindi alla reputazione dell'operatore e quindi nella sua incapacità di far fronte agli impegni presi.

Solo una minima parte (17%) fa riferimento alla questione dei costi come causa principale dei contenziosi. Molto spesso infatti, l'aumento dei costi delle opere molto spesso deriva da cause non addebitabili al fornitore ma per ragioni dovute ad eventi improvvisi o imprevisti e imprevedibili o alla mancanza di risorse disponibili, che porta gli Enti a bloccare gli interventi.

L'analisi dei contenzioni risulta essere di fondamentale importanza per capire le possibili problematiche che possono sorgere, sia in fase di esecuzione del contratto, ma anche in una fase di scelta del contraente o in una fase di studio del mercato ancor prima che la procedura di gara sia avviata.

. Quali sono state le cause di contenzioso? (risposta multipla, percentuale sul totale)



6 - CONCLUSIONI

Lo studio della materia inerente agli appalti pubblici si è rivelato essere, nel susseguirsi dei vari approfondimenti affrontati, un tema particolarmente vasto. Nonostante sia incardinato in ambito amministrativo, trova comunque espressione in altre discipline quali ad esempio il diritto comunitario e l'economia politica.

La sua complessità deriva, quindi, principalmente dalla delicatezza della materia e dalla pluralità e stratificazione delle fonti normative che si sono succedute nel tempo e che hanno concorso a disegnare l'attuale sistema. Basti pensare che il previgente codice, adottato con il d.lgs. 11 aprile 2006 n.163, è composto di 247 articoli e 22 allegati e il regolamento attuativo di 359 articoli e 15 allegati.

Complessità del tutto plausibile, dovendo considerare che la regolamentazione degli appalti (di servizi) e delle concessioni riflette gli stadi ancora non definiti della privatizzazione dei servizi pubblici.

E' interessante osservare come il nuovo Codice, coerentemente con le intenzioni del legislatore, si ispira tuttavia, a criteri di semplificazione, snellimento e drastica riduzione e razionalizzazione delle norme vigenti in materia. Tutto ciò è chiaramente finalizzato ad un migliore espletamento dell'attività amministrativa, nell'ottica della semplificazione, ma soprattutto nel segno della maggiore efficienza amministrativa e competitività del Paese.

Se è vero, quindi, che la diminuzione dello stock normativo ed il corrispondente incremento della discrezionalità amministrativa possono suscitare qualche perplessità, tutto ciò coincide con la nuova modalità di concepire la disciplina dei contratti pubblici. Si è infatti compreso da tempo come un irrigidimento e l'incremento della complessità della disciplina con cui si è cercato di dare un freno alla corruzione ed inefficienza che caratterizza l'attività amministrativa, ha sortito di fatto l'effetto contrario.

Certamente, l'ampliamento della discrezionalità deve essere bilanciato con misure finalizzate a favorire l'efficienza e con l'incremento dell'attività di controllo, verifica e vigilanza, nonché con misure atte a garantire l'imparzialità delle commissioni di gara.

La nuova impalcatura giuridica rinvia però, come sottolineato dal Consiglio di Stato⁷¹ a ben cinquanta atti applicativi, con non poche incertezze. La stessa ANAC si sta

⁷¹ Parere n.855 del 2016

impegnando nel dare chiarezza agli operatori sulle modalità azione, nelle more della loro emanazione.

Nonostante questi elementi di criticità, le linee guida dell'ANAC potranno contribuire al perseguimento degli obiettivi di trasparenza, speditezza delle procedure e assumendo valore come atti di indirizzo generale. Il loro mutamento inoltre potrà essere costante e celere, coerentemente con un sistema in continuo cambiamento.

Da un parte l'Anac è chiamata ad intervenire ex ante come autorità di regolazione (con l'adozione di atti vincolanti e non vincolanti), dall'altra conserva poteri di intervento esercitabili ex post, sanzionatori, di precontenzioso, di raccomandazione.

Alla luce di quanto sopra esposto, si rende opportuno fare emergere una considerazione alla luce del parere del Consiglio di Stato che si è espresso sulle linee guida dell'Anac. Emergono, infatti, degli elementi critici che riguardano le linee guida c.d. vincolanti, sia quelle c.d. non vincolanti dell'Autorità.

Ciò che emerge è che questi atti, comunque di natura amministrativa e come tali impugnabili, se vincolanti, non esentano le stazioni appaltanti dalla verifica discrezionale della applicabilità delle stesse al caso concreto, e quindi non rendono di per sé legittimi gli atti dalle stesse adottati in applicazione delle linee guida medesime. In concreto, l'atto non è legittimo per il solo fatto che la linea guida vincolante è stata applicata dalla stazione appaltante. Se ciò determina un ampio spazio di discrezionalità della stazione appaltante, determina d'altra parte una situazione di incertezza per gli operatori economici che non possono contare su un quadro regolatorio di riferimento stabile.

Per quanto attiene alle linee guida non vincolanti, le stesse costituiscono, sempre secondo il Consiglio, un parametro sulla cui base valutare la legittimità dell'operato della stazione appaltante, con il rischio che le stazione ne facciano però applicazione per non incorrere in vizi, limitando in siffatto modo il loro potere discrezionale, con effetto negativo sull'efficacia delle scelte.

Inoltre è individuabile in più di un commentatore, un certo timore fondato sulla circostanza che un Autorità, priva di legittimazione democratica, abbia tali poteri e soprattutto possa incidere, con il sistema di qualificazione delle imprese e delle stazioni appaltanti, sia sulla domanda che sull'offerta nel mercato degli appalti pubblici.

L'Anac dovrebbe, in concreto, essere di ausilio alle stazioni appaltanti nell'attuazione del Codice, lasciando comunque loro uno spazio di discrezione che possa anche discostarsi dalle indicazioni fornite senza che si incorra in nessuna penalizzazione.

Basti pensare che le stazioni appaltanti sono qualificate dall'Anac e le sanzioni eventualmente corrisposte alle stesse, legittime o meno che siano, vanno ad incidere sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti pregiudicando nel futuro la possibilità di continuare ad operare.

Superfluo è poi sottolineare come la qualificazione degli operatori economici non dovrebbe generare disparità di trattamento tra imprese sul mercato e quindi falsare in sostanza il gioco della concorrenza.

Quindi in linea generale, vi è un'esigenza di maggiore chiarezza e precisione nella definizione di questi atti che sono fondamentali per l'attuazione del Codice ma anche una necessità di rendere più stabile il quadro normativo di riferimento, sia per le stazioni appaltanti che per gli operatori economici.

Tali riflessioni mi consentono di formulare alcune proposte su eventuali interventi correttivi che potranno svilupparsi in futuro.

Per incominciare si potrebbe prevedere una norma del Codice specifica che vada ad integrare l'articolo 213, che individui quando le linee guida siano vincolanti o meno o, come affermato dal Consiglio di Stato, affidare alla stessa Anac il compito di indicare quali precetti delle linee guida possono considerarsi vincolanti o non vincolanti.

Per esigenze di certezza, d'altro canto, la mancata applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle linee guida riconosciute come vincolanti, dovrebbe essere avvalorata da una specifica motivazione sul perché le stesse non trovino applicazione al caso concreto e quindi con la possibilità di disapplicarle. Si potrebbe inoltre chiarire che le linee guida vincolanti sono impugnabili sono con l'atto che ne dà applicazione (come le circolari).

Si potrebbe inoltre integrare la dicitura prevista all'articolo 213 comma 7, prevedendo un rapporto e collaborazione constatate con l'Agcm e non solo per il profilo del rating.

Opportuno è inoltre, che l'Autorità si doti di personale esperto con competenze specializzate e professionisti anche esterni alla P.A. di estrazione tecnica, economica e giuridica.

In definitiva, nell'intero impianto normativo, occorre non perdere di vista che la regolazione dovrebbe avere come fine principale quello di realizzare un buon appalto, rispondente alle esigenze dell'amministrazione e della società, nel rispetto comunque della par condicio e salvaguardando la concorrenza nel modo più efficiente possibile.

Le stesse consultazioni di mercato analizzate nell'ultimo capitolo, sono espressione del cambiamento di approccio che si prefiggono le nuove norme, cioè una rapporto sempre più stringente tra P.A. e l'ambiente in cui si trova ad operare.

Dall'analisi del mercato inoltre, emergono segnali confortevoli sul rapporto tra stazioni appaltanti e operatori economici che a livello complessivo risulta buono.

La norma sulle consultazioni di mercato rappresenta, in sintesi, una grande novità delle procedure consentendo alla P.A. di avere maggiori informazioni strumentali al miglioramento delle procedure.

7 – BIBLIOGRAFIA

- Legge delega 28 gennaio 2016, n.11, pubblicata nella G.U. 29 gennaio 2016
- Direttiva 2014/23/UE
- Direttiva 2014/24/UE
- Direttiva 2014/25/UE
- Art. 32 Legge 24 dicembre 2012, n.234 “*Principi e criteri direttivi generali di delega per l’attuazione del diritto dell’Unione Europea*”.
- Art. 14 Legge 28 novembre 2005, n.246 “*livelli minimi di regolazione previsti dalle Direttive Europee*”.
- Direttiva 2004/18/CE
- Direttiva 2004/17/CE
- D.lgs. 12 aprile n.163, 2006
- D.lgs. 18 aprile 2016 n.50
- Corte Costituzionale, sentenza n.303, 2003
- Corte Costituzionale, sentenza n.401, 2007
- Corte Costituzionale, sentenza n.328, 2011
- Legge n.241, 1990
- Corte di Giustizia CE, 8 aprile 2008, n.337
- Linee guida ANAC n. 2 “*linee guida in materia di offerta economicamente più vantaggiosa*”

- Consiglio di Stato, parere n. 343 del 24 febbraio del 2016
- Consiglio di Stato, parere n. 885 del 1 aprile 2016
- Consiglio di Stato, parere n. 1767 del 2 agosto 2016
- Linee guida Anac *“nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni”*
- Linee guida Anac n. 1 *“affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria”*
- Consiglio di Stato n. 1565 del 2015
- Linee guida del nuovo codice degli appalti, documento di consultazione *“criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese”*
- D.lgs. 231/2001
- AGCM , formulario rating di legalità (*modulo per autocertificazione e dichiarazioni sostitutive di atti notori ai sensi del D.P.R. n. 445/2000*)
- Annalisa Giachi, rating reputazionale fornitori e buona esecuzione del contratto, *il punto di vista delle Pubbliche Amministrazioni*
- Luigi Fiorentino, Lo stato compratore, *l’acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*
- Gian Domenico Comporti, le gare pubbliche: il futuro di un modello
- Il rating di legalità, *guida pratica per conoscere il rating di legalità e primi passi per ottenerlo*

- Guido Corso, manuale di diritto amministrativo, quarta edizione, G.Giappichelli editore - Torino